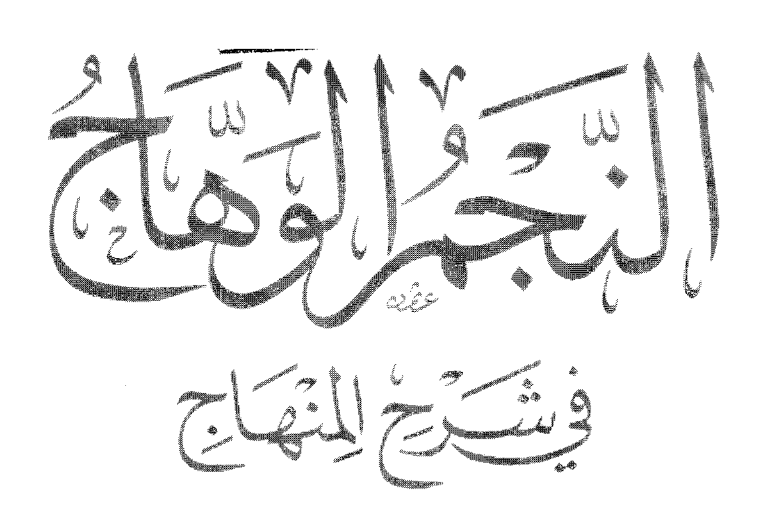


للإمام العلامة المتقن المحدث الفقيه اللغوي

كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى الدميري

رحمه الله تعالى

(٧٤٢ - ٨٠٨ هـ)

المجلد الثامن

الرجعة - الإيلاء - الظهار - الكفارة

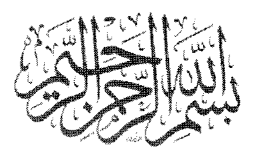
اللعان - العدد - الاستبراء - الرضاع

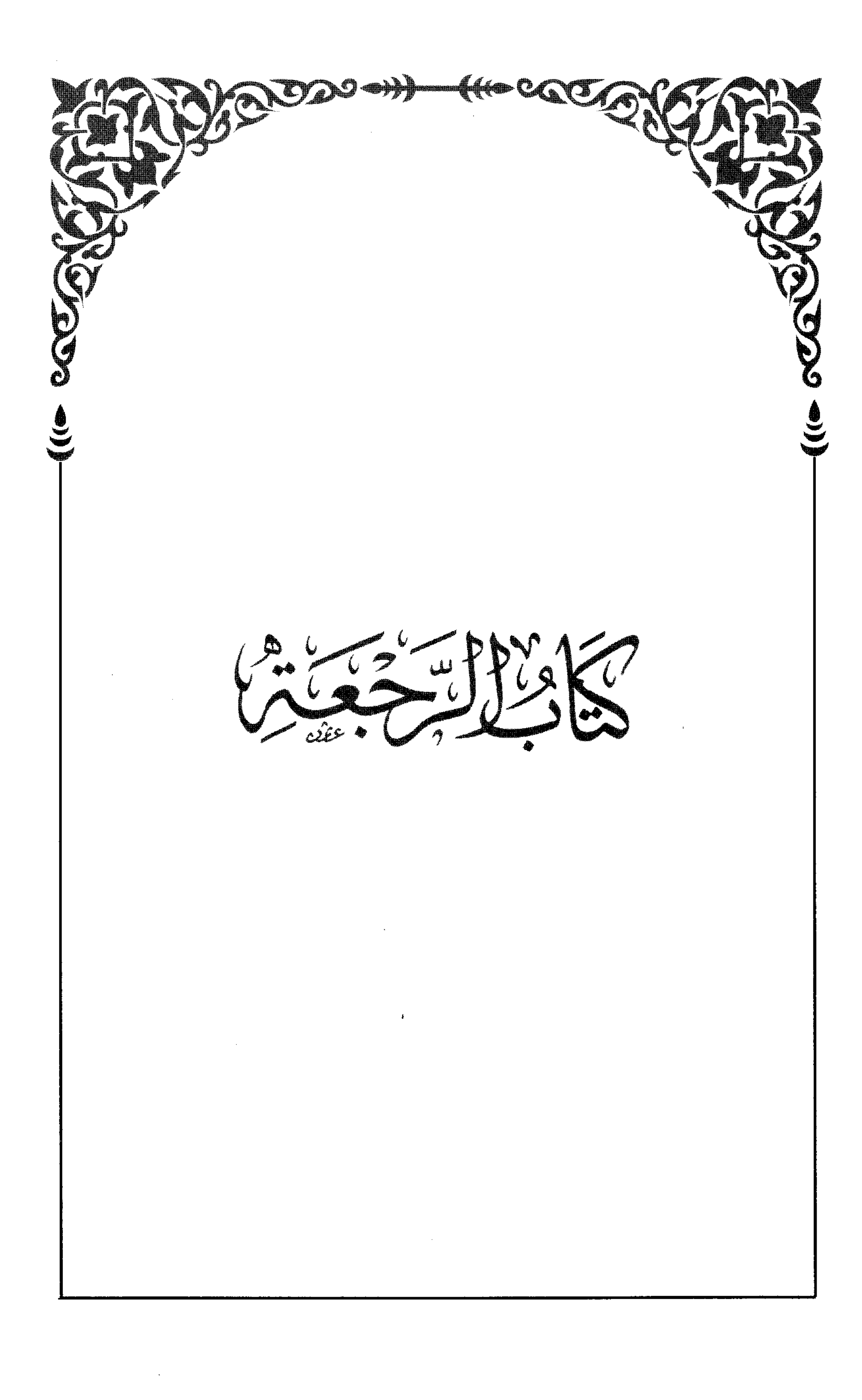
النفقات - الجراح - الديات



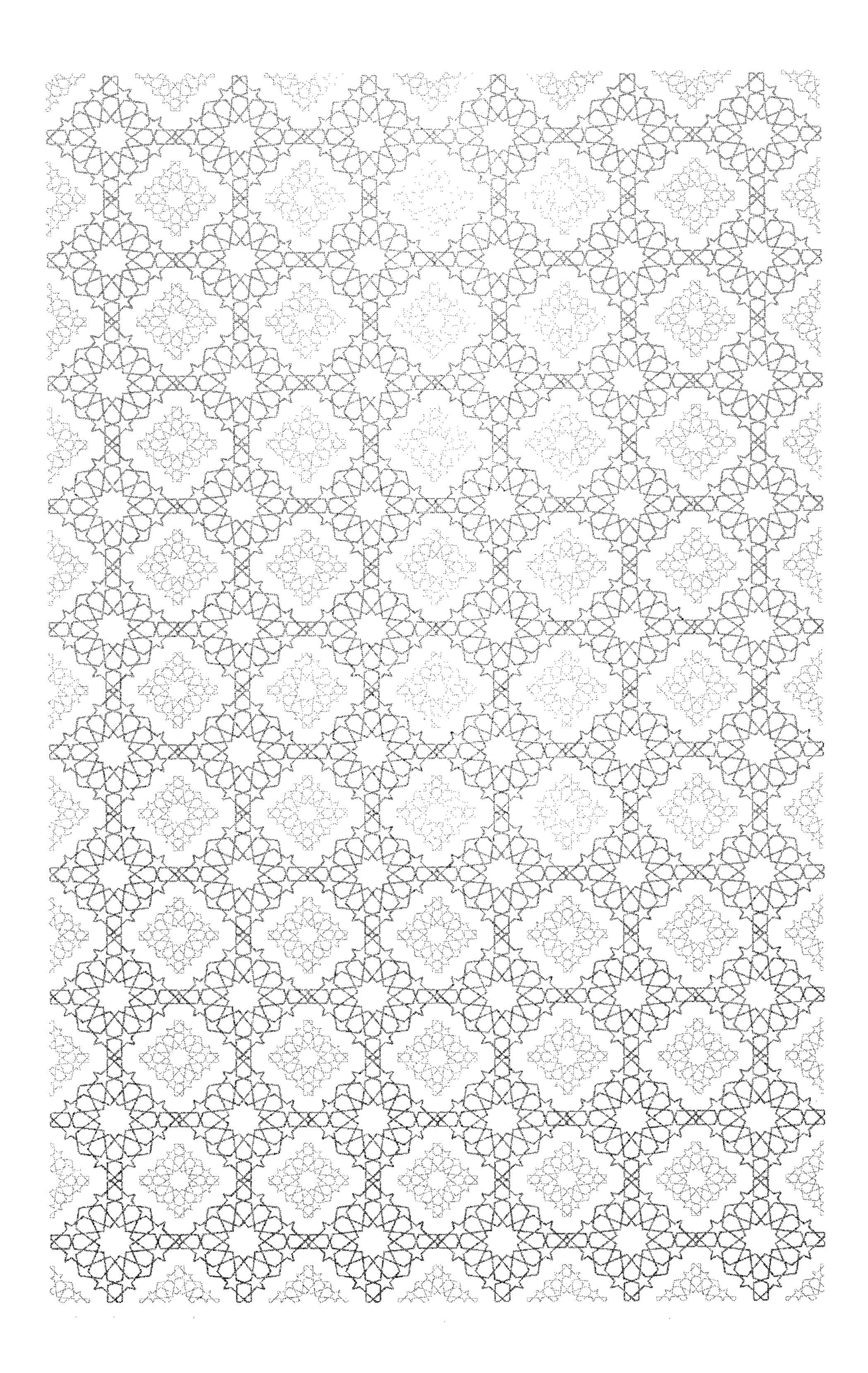
الطبعة الأولى
١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م


النجم الوهاج
في شرح المنهاج


بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب الرجعة



كِتَابُ ٱلرَّجْعَةِ

شَرْطُ ٱلْمُرْتَجِعِ : أَهْلِيَّةُ ٱلنِّكَاحِ بِنَفْسِهِ ، ....

كتاب الرجعة

هي المرة من الرجوع ، وفتح رائها أفصح من الكسر عند الجوهري ، وعند الأزهري الكسر أكثر .

وهي في الشرع : الرد إلى النكاح بعد طلاق غير بائن علىٰ وجه مخصوص ، وذكْرُها بعد الطلاق موافق لقوله تعالىٰ : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا﴾ ؛ لأن الرد الرجعة باتفاق المفسرين ، وقوله تعالىٰ : ﴿فِي ذَٰلِكَ﴾ أي : في العدة ، وكان هـٰذا في صدر الإسلام في حق كل مطلقة حتىٰ خص الله تعالى الطلاق في ثلاث بقوله : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ الآية .

وأما اشتراط إرادة الإصلاح . . فخرج مخرج الغالب أو الواقع ؛ لأن كل مراجع ـ سواء قصد الخير أو الشر ـ مزيل لما تشعث من النكاح ، وقال الشافعي : المراد : إصلاح الطلاق بالرجعة ، وفسره عطاء بن أبي رباح بالإصلاح في الدين ، والبغوي قال : فلا تصح الرجعة إلا لمن أراد بها صلاح دينه وتقوىٰ دينه ، وهـٰذا مذهب تفرد به .

ويدل لها من السنة قوله صلى الله عليه وسلم لعمر : « مره فليراجعها »[1] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « أتاني جبريل فقال لي : راجع حفصة ؛ فإنها صوامة قوامة ، وإنها زوجتك في الجنة » رواه أبو داوود [٢٢٧٧] وابن ماجه [٢٠١٦] من حديث ابن عمر بإسناد حسن .

وأجمعت الأمة علىٰ جوازها .

قال : (**شرط المرتجع : أهلية النكاح بنفسه**) ؛ لأنها كإنشاء النكاح ، قال في

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥٢) ، ومسلم (١٤٧١/١) .

وَلَوْ طَلَّقَ فَجُنَّ . . فَلِلْوَلِيِّ ٱلرَّجْعَةُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ حَيْثُ لَهُ ٱبْتِدَاءُ ٱلنِّكَاحِ . وَتَحْصُلُ بِرَاجَعْتُكِ وَرَجَعْتُكِ وَٱرْتَجَعْتُكِ . . . .

« الدقائق » : وإنما قال : (بنفسه) ؛ ليحترز عن الصبي والمجنون ؛ فإنهما أهل للنكاح بوليهما لا بأنفسهما ، ويدخل فيه السكران والعبد ، فالسكران تصح رجعته على المذهب كما سبق في (الطلاق) ، وتصح رجعة العبد بغير إذن سيده على الصحيح ، وتصح أيضاً رجعة السفيه ؛ لأنهما من أهل النكاح بأنفسهما وإن كان شرطهما إذن الولي والمولىٰ . اهـ

وأورد عليه المحرم ؛ فإنه يراجع في الأصح وليس له أهلية النكاح .

فرع :

من تحته حرة وأمة إذا طلق الأمة . . تصح رجعته لها مع أنه إذ ذاك ليس أهلاً لنكاح الأمة ، كذا نقله في زوائد « الروضة » عن المروروذي ، لـٰكن جزم في « المطلب » بالمنع ؛ لأنه ليس بأهل للعقد عليها حينئذ ، والصحيح ما في « الروضة » .

ولو عتقت الرجعية تحت عبد . . فالظاهر أن له الرجعة قبل اختيارها ، وليس للمرتد رجعة كما ليس له ابتداء نكاح .

قال : (**ولو طلق فجن . . فللولي الرجعة على الصحيح حيث له ابتداء النكاح**) ؛ لأنه قائم مقامه ، هـٰذا بناء علىٰ جواز التوكيل في الرجعة ، وهو الصحيح .

ومقتضىٰ عبارة المصنف : أن مقابل الصحيح وجه ضعيف ، ولا حقيقة له ، إنما هو بحث للرافعي جزم به الجيلي ، لـٰكنه ذكره في « المحرر » فتابعه المصنف .

قال : (**وتحصل براجعتك ورجعتك وارتجعتك**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : « فليراجعها » ولا خلاف في صراحة هـٰذه الألفاظ إذا وصلها باسم المرأة أو ضميرها أو إشارة إليها ، فإن عري عن ذلك كقوله : راجعت وارتجعت . . لم يكف ، والصحيح : أنه لا يشترط أن يضيف إلى النكاح أو إلى الزوجية أو نفسه ، بل يستحب فيقول : إلىٰ نكاحي ، أو إلىٰ زوجيَّتي ، أو إليَّ .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّ ٱلرَّدَّ وَٱلْإِمْسَاكَ صَرِيحَانِ ، وَأَنَّ ٱلتَّزْوِيجَ وَٱلنِّكَاحَ كِنَايَتَانِ . وَلْيَقُلْ : رَدَدْتُهَا إِلَيَّ أَوْ إِلَىٰ نِكَاحِي . . . .

قال : (**والأصح : أن الرد والإمساك صريحان**) أما الرد . . فلقوله تعالىٰ : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم لركانة : « اردده‍ا »[1] ، وأما الإمساك . . فلقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ .

والثاني : أنهما كنايتان ؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهار الصرائح ، وفي « المهمات » : أنه الصواب المنصوص ، وضعف ما صححه المصنف .

وفي الإمساك وجه ثالث : أنه لغو ؛ لأن معنى الإمساك الاستدامة ، قال الله تعالىٰ : ﴿ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ ﴾ ، ولأنه يحتمل إرادة الإمساك باليد وفي البيوت .

قال : (**وأن التزويج والنكاح كنايتان**) ؛ لعدم استعمالهما في الرجعة .

والثاني : أنهما صريحان ؛ لأنهما صالحان لابتداء العقد والحل ، فلأن يصلحا للتدارك أولىٰ .

والثالث : أنهما لغو ؛ لعدم الإشعار بذلك .

كل هـٰذا إذا قال : تزوجتك أو نكحتك وحده ، فلو جرى العقد علىٰ صورة الإيجاب والقبول . . اطرد الخلاف .

وظاهر كلام « الشرح الكبير » : أنها تحل ؛ لأنه آكد في الإباحة ، وقال المصنف في « فتاويه » : إنه الصحيح .

وفي صحة الرجعة بغير العربية من جميع اللغات طرق : أصحها : الصحة مطلقاً كنكاح .

قال : (**وليقل : رددتها إليَّ أو إلىٰ نكاحي**) ؛ ليكون صريحاً ، إذ قد يفهم منه الرد إلىٰ أهلها بسبب الفراق ، وعبارة « المحرر » : وينبغي أن يقول كذا ، وظاهرها عدم الوجوب ، وأن الصراحة غير متوقفة علىٰ ذلك ، وهـٰذا هو المشهور الذي اقتضاه

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٢٧٤) ، والحاكم (٢/١٩٩) ، وأبو داوود (٢١٩٩) ، والترمذي (١١٧٧) ، وغيرهم .

وَٱلْجَدِيدُ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ ٱلإِشْهَادُ ، فَتَصِحُّ بِكِنَايَةٍ . وَلاَ تَقْبَلُ تَعْلِيقاً ، . . . . . .

كلام الجمهور كما قاله في « الكفاية » و« المهمات » .

قال الشيخ تاج الدين الفزاري : سألني الشيخ عز الدين بن عبد السلام عن قول المرتجع : راجعتها إلىٰ عقد نكاحي ، وهي لم تخرج عن النكاح ؛ فإنها زوجته في جميع الأحكام ، حتىٰ في الوطء عند أبي حنيفة؟ فأجبته بأن معناه : أنها رجعت إلى النكاح الكامل الذي لم تكن فيه مقارنة البينونة بانقضاء العدة ، فاستحسنه .

قال : (**والجديد : أنه لا يشترط الإشهاد**) ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأن الرجعة في حكم استدامة النكاح السابق ، ولذلك لا يحتاج إلى الولي ورضا المرأة .

وفي « سنن أبي داوود » [٢١٧٩] و« ابن ماجه » [٢٠٢٥] و« البيهقي » [٧/ ٣٧٣] بإسناد حسن : أن عمران بن حصين رضي الله عنهما سئل عمن راجع امرأته ولم يشهد فقال عمران : (راجعَ في غير سنة فليُشهدِ الآن) فلو كان الإشهاد شرطاً . . لما كان للإشهاد علىٰ ما سبق معنى ، وإنما يستحب الإشهاد على الإقرار بالرجعة ؛ لأنهما قد يتنازعان فلا يصدق علىٰ ما سيأتي .

والقديم ـ وهو منصوص في « الأم » ، وبه قال مالك ـ : يشترط ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ و﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ، ومثار الخلاف : أن الرجعة في حكم الاستدامة أو الابتداء ، وعن أحمد روايتان كالقولين ، وحيث لم نوجبه . . يستحب بالاتفاق .

قال : (**فتصح بكناية**) بناء علىٰ أنه لا يشترط الإشهاد ؛ لأنه يستقل به كالطلاق ، ولهـٰذا أتىٰ به بـ(الفاء) ، فإن قلنا : يشترط . . لم تصح بها كالنكاح .

قال : (**ولا تقبل تعليقاً**) ؛ لأنها إما ابتداء عقد . . فلا تقبله كالنكاح ، أو استدامة . . فكذلك كاختيار من أسلم علىٰ أكثر من أربع ، سواء علق بمدة أو قدوم أو بمشيئة الله تعالىٰ أو غيره فلو قال : راجعتك إن شئت فقالت : شئت . . لم تصح ، ولو فتح الهمزة أو أتىٰ بـ(إذ) . . صح ، قاله في « الروضة » ، ولم يفرق بين نَحويٍّ وغيره ، والمتجه التفصيل .

وَلاَ تَحْصُلُ بِفِعْلٍ كَوَطْءٍ . وَتَخْتَصُّ ٱلرَّجْعَةُ بِمَوْطُوءَةٍ طُلِّقَتْ بِلاَ عِوَضٍ لَمْ تَسْتَوْفِ عَدَدَ طَلاَقِهَا ، بَاقِيَةٍ فِي ٱلْعِدَّةِ ، . . . .

قال : (**ولا تحصل بفعل كوطء**) وإن قصد به الرجعة ؛ لأنه يوجب العدة فكيف يقطعها ، وفي وجه : تصح بالوطء والقبلة والمباشرة بشهوة قياساً علىٰ وطء البائع الجارية المبيعة في زمن الخيار ؛ فإنه يكون فسخاً ، والفرق أن الملك يحصل بالفعل كالغنيمة والسبي بخلاف النكاح ، هـٰذا في القادر ، وأما الأخرس . . فتصح منه الإشارة المفهمة .

قال : (**وتختص الرجعة بموطوءة**) فغيرها لا رجعة لها ؛ إذ لا عدة لها ، والرجعة إنما تكون في العدة .

ودخل في عبارته : الموطوءة في الدبر وهو الأصح ، بناء على الصحيح أنه يوجب العدة ، لـٰكنه تخرج من استدخلت ماء الزوج ، والأصح : وجوب العدة بذلك كما ستأتي في بابها ، وتخرج ذات الخلوة أيضاً ؛ فالمذهب أنه لا عدة عليها ، فإن أوجبناها بها . . فالأصح ثبوت الرجعة ، وكان صواب العبارة : تختص الموطوءة بالرجعة كما تقدم غير مرة .

قال : (**طُلِّقت**) فإن فسخ نكاحها . . فلا رجعة ؛ لأن الله تعالىٰ أناطها بالطلاق فاختصت به .

قال : (**بلا عوض**) فالتي طلقت به بانت وملكت نفسها .

ودخل في الضابط : إذا كان الطلاق بالإجبار بحق كطلاق المولي ، وما إذا طلقت نفسها بتمليك الزوج ، وما إذا قال لغير المدخول بها : إن وطئتك فأنت طالق ثم وطئها . . فإن له الرجعة .

قال : (**لم تستوف عدد طلاقها**) بالإجماع .

قال : (**باقية في العدة**) فإن انقضت . . تعذرت مراجعتها بالاتفاق ، لـٰكن يستثنىٰ ما إذا خالطها المطلق كالأزواج من غير وطء وقلنا ببقاء العدة . . فإنه لا رجعة لها بعد انقضاء الأقراء كما سيأتي في (العدد) .

وكلام المصنف يشمل الطلاق المبهم ، والأصح : أنه لا رجعة فيه ؛ لأن الرجعة

مَحَلٍّ لِحِلٍّ ، لاَ مُرْتَدَّةٍ . وَإِذَا ٱدَّعَتِ ٱنْقِضَاءَ عِدَّةِ أَشْهُرٍ وَأَنْكَرَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، أَوْ وَضْعَ حَمْلٍ لِمُدَّةِ إِمْكَانٍ ، وَهِيَ مِمَّنْ تَحِيضُ لاَ آيِسَةٌ . . فَٱلأَصَحُّ : تَصْدِيقُهَا بِيَمِينٍ . . . .

لا تقبل التعليق فلا تقبل الإبهام ، فإذا طلق إحدى امرأتيه ثم قال قبل التعيين أو التبيين : راجعت المطلقة . . لم تصح ، خلافاً لأبي علي بن أبي هريرة .

قال : (**محل لحل ، لا مرتدة**) كابتداء النكاح ، وقال المزني : إذا راجع في العدة . . فهي موقوفة : إن اجتمعا في الإسلام . . تبينًا صحتها ، وإلا . . فلا .

وعلم من مجموع كلامه أنه لا يشترط علم المرأة ولا رضاها ، ولا رضىٰ وليها ولا علمه ، ولا علم السيد إن كانت أمة ، وهو كذلك ، لـٰكن يستحب الإعلام .

قال : (**وإذا ادعت انقضاء عدة أشهر وأنكر . . صدق بيمينه**) ؛ لأن اختلافهما راجع إلى اختلافهما في وقت الطلاق .

ولو اختلفا في أصله . . كان القول فيه قول الزوج ، فكذلك إذا اختلفا في وقته ؛ لأن القاعدة : أن من قبل قوله في شيء . . قبل قوله في صفته ، ولو انعكست الصورة فادعى الانقضاء وقال : طلقتك في رمضان ، فقالت : في شوال . . صدقت بيمينها ؛ لأنها غلظت علىٰ نفسها .

قال : (**أو وضع حمل لمدة إمكان ، وهي ممن تحيض لا آيسة . . فالأصح : تصديقها بيمين**) ؛ لأنها مؤتمنة علىٰ ذلك ، ولأن إقامة البينة على الولادة قد تعسر أو تتعذر .

والثاني : لا تصدق وتطالب بالبينة ؛ لأنها مدعية ، والغالب أن القوابل يشهدن بالولادة ، ولا فرق في ذلك بين الولد الحي والميت ، والكامل والناقص ، وكذلك المضغة إذا اكتفينا بها كما هو المذهب .

وحيث صدقناها فكذبها . . حلفت ، فإن نكلت . . حلف وله الرجعة .

وسكت المصنف عن الصغيرة ؛ لأنه لا يقع الاختلاف معها إذ لا حكم لقولها .

وَإِنِ ٱدَّعَتْ وِلاَدَةَ تَامٍّ . . فَإِمْكَانُهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَلَحْظَتَانِ مِنْ وَقْتِ ٱلإِمْكَانِ ، أَوْ سِقْطٍ مُصَوَّرٍ . . فمِئَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ ، . . . .

قال : (**وإن ادعت ولادة تام . . فإمكانه**) أي : أقل إمكانه (**ستة أشهر ولحظتان**) كما استنبطه علي رضي الله عنه من قوله تعالىٰ : ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ ، ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ رواه مالك في « الموطأ » [٢/٨٢٥] ، ورجع عثمان ومن حضر إلىٰ قوله فصار إجماعاً .

وروى العتبي : أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، قال ابن الرفعة : وولد الحسين لستة أشهر من ولادة أخيه الحسن ، وهـٰذا خلاف ما قاله الجمهور ؛ لأن الحسن ولد في نصف شهر رمضان سنة ثلاث ، وولد الحسين في شعبان سنة أربع .

ثم لا بد من لحظتين من حين إمكان اجتماع الزوجين ، لحظة للإنزال ولحظة للوضع .

قال : (**من وقت الإمكان**) أي : من إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح ؛ لأن النسب يثبت بالإمكان .

قال : (**أو سقط مصور . . فمئة وعشرون يوماً ولحظتان**) لحظة للوطء ولحظة للإسقاط ومئة وعشرون يوماً لمقامه في الجوف ؛ لما روى الشيخان [خ٣٢٠٨ـ م٢٦٤٣] عن ابن مسعود : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً ، ثم يكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل الملك ، فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات : بكتب رزقه وأجله وشقي أو سعيد » .

وأما ما رواه مسلم [٢٦٤٥] بلفظ : « إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة . . بعث الله إليها ملكاً فصورها »[1] الحديث . . فحديث ابن مسعود أصح منه ؛ لاتفاقهما علىٰ إخراجه ، أو أن بعض الناس كذا وبعضهم كذا ، أو أن هـٰذا من الترتيب الإخباري كأنه قال : أخبركم بكذا ثم أخبركم بكذا .

---

(١) في هامش (ز) : (قوله : « فصورها » لا يدل علىٰ نفخ الروح ، ويرد علىٰ أن بعضهم كذا وبعضهم كذا أنه كان ينبغي أنها إذا ادعت انقضاءه في أقل من مئة وعشرين . . أنه يقبل) .

أَوْ مُضْغَةٍ بِلاَ صُورَةٍ . . فَثَمَانُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ . أَوِ ٱنْقِضَاءَ أَقْرَاءٍ ؛ فَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً وَطُلِّقَتْ فِي طُهْرٍ . . فَأَقَلُّ ٱلإِمْكَانِ ٱثْنَانِ وَثَلاَثُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ ، أَوْ فِي حَيْضٍ . . فَسَبْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ وَلَحْظَةٌ ، . . . .

وتعبير المصنف أحسن من قوله في « الروضة » : أربعة أشهر ؛ فإن العدد لا بد منه قطعاً ، ثم ما ذكره الشيخان هنا هو المشهور ، وذكرا في (باب العدد) في الكلام علىٰ عدة الأمة أن الولد يتصور في ثمانين يوماً ، وهو كذلك في « الشامل » و« الحاوي » وكثير من كتب العراقيين .

قال : (**أو مضغة بلا صورة . . فثمانون يوماً ولحظتان**) أي : من إمكان الوطء ؛ لحديث ابن مسعود المتقدم ، وإنما يحكم بها إذا شهد القوابل أنها أصل آدمي(١) .

قال : (**أو انقضاء أقراء ، فإن كانت حرة وطلقت في طهر . . فأقل الإمكان اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان**) بأن تطلق وقد بقي لحظة وهي قرء ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً وذلك قرءان ، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر وذلك قرء ثالث ، ثم تحيض لحظة يتبين بها تمام الطهر .

قال الرافعي : وإنما يتصور ذلك إذا كان الطلاق تعليقاً بآخر جزء من الطهر(٢) ، وفي وجه : لا تعتبر اللحظة الأولىٰ ، وقولٍ : إنه لا يحكم بانقضاء العدة بمجرد الطعن في الحيض آخراً ، بل يشترط يوم وليلة ، فتعتبر ثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة .

وإذا قلنا : أقل الحيض يوم فقط . . نقص من المدة المذكورة ليلتان ، وجاءت الأوجه المتقدمة ، ولا يخفىٰ أن اللحظة الثانية ليست من العدة ، بل لاستيقان انقضائها ، فلا تصح الرجعة فيها ، وكلام المصنف يوهم خلافه .

هـٰذا كله في طهر غير المبتدأة ، أما إذا طلقت المرأة قبل أن تحيض ثم حاضت وقلنا بالصحيح أن القرء هو المحتوش . . فأقل الإمكان في حقها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة .

قال : (**أو في حيض . . فسبعة وأربعون ولحظة**) بأن تطلق في آخر جزء من

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .
(٢) في النسخ (الحيض) والتصويب من هامش (ز) .

أَوْ أَمَةً وَطُلِّقَتْ فِي طُهْرٍ . . فَسِتَّةَ عَشَرَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ ، أَوْ حَيْضٍ . . فَأَحَدٌ وَثَلاَثُونَ وَلَحْظَةٌ . . . .

الحيض ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة وتطهر خمسة عشر ، ثم تطعن في الحيض ، وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر ، ولا حاجة هنا إلىٰ تقدير لحظة في الأول ؛ لأن اللحظة هناك تحسب قرءاً .

وسها في « الوسيط » و« الوجيز » فقال : ولحظتان ، ووقع ذلك في كلام الماوردي وغيره .

فرع :

الطلاق في النفاس كالطلاق في الحيض في هـٰذا الحكم بناء علىٰ أن الدم الذي تراه نجعله حيضاً وهو الأصح ، فإذا قال لها : إن ولدت فأنت طالق وطلقت بالولادة . . فأقل زمن يصدق فيه سبعة وأربعون يوماً ولحظة كما لو طلقت في الحيض ، وإن لم نجعله حيضاً . . لم يصدق فيما دون اثنين وتسعين يوماً ولحظة ، منها ستون للنفاس ، هـٰكذا ذكره البغوي ، ولم يعتد المتولي بالنفاس قرءاً ، واعتبر مضي مئة وسبعة أيام ولحظة ، وهي مدة النفاس ومدة ثلاثة أطهار وحيضتين ، واللحظة للطعن .

قال : (**أو أمة وطلقت في طهر . . فستة عشر يوماً ولحظتان**) وذلك بأن تطلق وقد بقي لحظة من الطهر وهو قرء ، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً وذلك قرءان ، ثم تحيض لحظة يتبين فيها تمام الطهر ، وهـٰذا كما تقدم .

قال : (**أو حيض . . فأحد وثلاثون ولحظة**) أي : للطعن في الثالثة بأن تطعن في آخر جزء من الحيض ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر ، ثم لحظة كما تقدم .

وهـٰذا في الذاكرة ، فلو لم تتذكر هل كان طلاقها في الحيض أو الطهر . . فالصواب : أن يحمل أمرها على الحيض ؛ لأنا نشك في انقضاء العدة ، والأصل دوامها ، كذا قاله الصيمري وغيره .

وَتُصَدَّقُ إِنْ لَمْ تُخَالِفْ عَادَةً دَائِرَةً ، وَكَذَا إِنْ خَالَفَتْ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ وَطِىءَ رَجْعِيَّةً وَٱسْتَأْنَفَتِ ٱلْأَقْرَاءَ مِنْ وَقْتِ ٱلْوَطْءِ . . رَاجَعَ فِيمَا كَانَ بَقِيَ . . . .

وقال الماوردي : يحمل أمرها علىٰ أقل الحالين ، وهو أن يكون الطهر فتنقضي عدتها باثنين وثلاثين ولحظتين ، وقول شيخه أصوب مما قال .

قال : (**وتصدق**) أي : حرة كانت أو أمة (**إن لم تخالف عادة دائرة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ ، ولأنه لا يعرف إلا من جهتها فصدقت عند الإمكان ، فإن كذبها الزوج . . حلفت ، فإن نكلت . . حلف وثبت له الرجعة .

قال : (**وكذا إن خالفت في الأصح**) بأن كانت عادتها الدائرة فوق ذلك ؛ لأن العادة قد تتغير وهي مؤتمنة .

والثاني : لا تصدق للتهمة ، وهو المنصوص[1] في « الأم » و« البويطي » في (كتاب العدد) ، ورجحه الإمام فيه ، وقال والده : إنه المذهب ، وقال الروياني : إنه الاختيار في هـٰذا الزمان .

لا جرم صوبه في « المهمات » ؛ لمخالفة الأصل والظاهر ، أما الأصل . . فعدم انقضاء العدة ، وأما الظاهر . . فمخالفة العادة ، وهـٰذا في النقص عن العادة ، فإن مضى الزمن المعتاد وادعت عدم الانقضاء . . ففي آخر (العدد) من « الشرح » و« الروضة » نقلاً عن الإمام وغيره : أنها تصدق وجهاً واحداً ثم أبدى الإمام احتمالاً ؛ لأنا لو صدقناها . . لربما تمادىٰ ذلك إلىٰ سن الإياس ، وفيه إجحاف بالزوج ، ونقل الرافعي عن « حلية الروياني » أنها إذا قالت : انقضت عدتي . . فواجب أن يسألها عن حالها كيف ، وكيف الطهر ، ويحلفها عند التهمة ؛ لكثرة الفساد ، والذي في « حلية الروياني » : الاختيار أن يسألها إلىٰ آخره ، ولم يذكر لفظة الوجوب .

قال : (**ولو وطىء رجعية**) أي : بشبهة أو غيرها (**واستأنفت الأقراء من وقت الوطء . . راجع فيما كان بقي**) ؛ لأن الرجعة تختص بعدة الطلاق وإن كانت العدة من

---

(١) في هامش (ز) : (النص الذي أشار إليه لا يدل لذلك ، بل يدل للأول) .

الزوج ، فإذا مضىٰ قرء ثم وطئها . . استأنفت عدة لهـٰذا الوطء ، فإذا وقع بعد مضي قرأين . . بقيت الرجعة في قرء واحد ، وإن كان بعد قرء . . بقيت الرجعة في قرأين .

وحكى الرافعي وجهاً في (باب تداخل العدتين) : أن عدة الطلاق تنقطع بما طرأ من الوطء ، وسقط باقيها ، وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء .

قال : وقياسه أن لا تثبت الرجعة في البقية ، لـٰكن الإجماع صد عنه ، ثم ذكر بعد أسطر ما يخدش حكاية الإجماع .

تنبيه :

لو قال : استأنفت العدة كان أعم ؛ ليشمل ما لو كانت من ذوات الأشهر ، وما لو أحبلها بالوطء . . فإن عدتها الوضع .

والأصح في « الروضة » : أن له الرجعة قبل الوضع ، ويمكن أن يقال : إن قوله : (واستأنفت) بـ(الواو) فيه تنبيه على الحامل ؛ فإنها لا تستأنف .

قال : (**ويحرم الاستمتاع بها**) ولو بلمس أو نظر بشهوة أو بغيرها ؛ لأن النكاح يبيح الوطء فيحرمه الطلاق لأنه ضده ، وبهـٰذا قال مالك ، وأباح أبو حنيفة وطأها ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين .

احتج أبو حنيفة بتسميته بعلاً ، وبأنه يطلق ، وهو منقوض بالمظاهر وزوج الحائض .

واستدل الشافعي [١/٣٠٣] بما رواه عن مالك عن نافع عن ابن عمر : أنه طلق امرأته وهي بمسكن حفصة ، وكانت طريقه إلى المسجد ، فكان يسلك الطريق الآخر من أدبار البيوت كراهة أن يستأذن عليها حتىٰ يراجعها .

قال ابن الرفعة : ومن حرم الوطء . . بناه علىٰ أنه لا تحصل به الرجعة ، فإن قلنا : تحصل ـ كما حكاه مجلي ـ فيتجه أن لا يحرم كما في طلاق إحدىٰ زوجتيه وقلنا : إن الوطء يكون تعييناً .

فَإِنْ وَطِيءَ . . فَلاَ حَدَّ ، وَلاَ يُعَزَّرُ إِلاَّ مُعْتَقِدُ تَحْرِيمِهِ ، وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ لَمْ يُرَاجِعْ ، وَكَذَا إِنْ رَاجَعَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَيَصِحُّ إِيلاَءٌ وَظِهَارٌ وَطَلاَقٌ وَلِعَانٌ وَيَتَوَارَثَانِ . . . .

قال : (**فإن وطيء . . فلا حد**) على الصحيح ولو علم التحريم ؛ لاختلاف العلماء في إباحته .

وقيل : إن علم التحريم . . حد مؤاخذة له باعتقاده .

قال : (**ولا يعزر إلا معتقد تحريمه**) ؛ لإقدامه علىٰ ما يعلم أنه ممتنع عليه ، فإن كان جاهلاً أو ممن يعتقد الإباحة . . لم يعزر ، وهـٰذا يخالف قولهم : إن الإنكار لا يكون في المختلف فيه ، والتعزير أبلغ إنكاراً .

قال : (**ويجب مهر مثل إن لم يراجع**) ؛ لأنه لم يكن له وطؤها ، ولئلا يخلو الوطء عن عقر وعقوبة .

قال : (**وكذا إن راجع على المذهب**) هـٰذا هو المنصوص ، ونص فيما إذا ارتدت فوطئها في العدة ثم أسلمت . . أن لا مهر لها .

فقيل : فيهما قولان ، والأصح : تقريرهما ، والفرق أن أثر الطلاق لا يرتفع بالرجعة ، بل نقص العدد به باق ، فيكون ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق كعقدين ، وأثر الردة يرتفع بالإسلام ، فيكون الوطء مصادفاً للعقد الأول .

فإن قيل : إيجاب مهر يؤدي إلىٰ إيجاب مهرين في عقد واحد . . فالجواب : أن هـٰذا المهر وجب بوطء الشبهة دون العقد .

وقال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً أوجب المهر غير الشافعي ، وشبهته قوية ؛ لأنها محرمة عليه إلا برجعة ، وقد أجمعوا علىٰ أن الموطوءة بشبهة لها مهر المثل .

قال : (**ويصح إيلاء وظهار وطلاق ولعان ويتوارثان**) ؛ لأن الرجعية زوجة في هـٰذه الأحكام الخمس ، وهي التي عناها الشافعي بقوله : في خمس ؛ أي : من كتاب الله ، المراد هـٰذه الأحكام .

فلو قال : زوجاتي طوالق . . طلقت الرجعية على المنصوص ، وأما خلعها . . ففيه

وَإِذَا ٱدَّعَىٰ وَٱلْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ رَجْعَةً فِيهَا فَأَنْكَرَتْ ؛ فَإِنِ ٱتَّفَقَا عَلَىٰ وَقْتِ ٱلِانْقِضَاءِ كَيَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ ، وَقَالَ : رَاجَعْتُ يَوْمَ ٱلْخَمِيسِ فَقَالَتْ : بَلِ ٱلسَّبْتِ . . صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا ، أَوْ عَلَىٰ وَقْتِ ٱلرَّجْعَةِ كَيَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ ، وَقَالَتْ : ٱنْقَضَتِ ٱلْخَمِيسَ ، فَقَالَ : ٱلسَّبْتَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ . وَإِنْ تَنَازَعَا فِي ٱلسَّبْقِ بِلاَ ٱتِّفَاقٍ . . فَٱلأَصَحُّ : تَرْجِيحُ سَبْقِ ٱلدَّعْوَىٰ ؛ . . . .

قولان : أصحهما : صحته ، ثم لا حكم لإيلائه وظهاره حتىٰ يراجع .

ومسألتا الإرث والطلاق مكررتان في الكتاب ، وأغرب صاحب « البيان » فحكىٰ وجهاً عن المسعودي : أن الإيلاء منها لا يصح .

وفي « البحر » وجه : أنه لا يصح الظهار .

وفي « الجيلي » وجه : أنه لا يصح الطلاق ، وعزاه لـ« البسيط » وليس فيه ، والمختار في « الروضة » هنا أن الرجعية لا يطلق فيها ترجيح هل هي زوجة أو لا كالقولين في (النذر)؟ هل يسلك به مسلك الواجب أو الجائز؟ وفي (الإبراء) هل هو إسقاط أو تمليك؟ والذي قاله في (النذر) و(الإبراء) مخالف لما قاله في بابيهما .

قال : (**وإذا ادعىٰ والعدة منقضية رجعة فيها فأنكرت ، فإن اتفقا علىٰ وقت الانقضاء كيوم الجمعة ، وقال : راجعت يوم الخميس فقالت : بل السبت . . صدقت بيمينها**) أي : أنها لا تعلمه راجع يوم الخميس ؛ لأن وقت انقضاء العدة متفق عليه ، والاختلاف قبله ، والأصل أنه ما راجع ، وقيل : هو المصدق ؛ لأن الرجعة تتعلق به ، وقيل : السابق بالدعوىٰ .

قال : (**أو علىٰ وقت الرجعة كيوم الجمعة ، وقالت : انقضت الخميس ، فقال : السبت . . صدق بيمينه**) ؛ لأن وقت الرجعة متفق عليه ، والأصل أن العدة لم تنقض قبله .

الثاني : أنها المصدقة بيمينها ؛ لأنها مصدقة في دعوى انقضاء العدة .

والثالث : يصدق السابق بالدعوىٰ ، فإن ادعيا معاً . . سقط هـٰذا الوجه .

قال : (**وإن تنازعا في السبق بلا اتفاق . . فالأصح : ترجيح سبق الدعوىٰ**) فإن

فَإِنِ ٱدَّعَتِ ٱلِانْقِضَاءَ ثُمَّ ٱدَّعَىٰ رَجْعَةً قَبْلَهُ . . صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا ، أَوِ ٱدَّعَاهَا قَبْلَ ٱنْقِضَاءٍ فَقَالَتْ : بَعْدَهُ . . صُدِّقَ . قُلْتُ : فَإِنِ ٱدَّعَيَا مَعاً . . صُدِّقَتْ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَمَتَى ٱدَّعَاهَا وَٱلْعِدَّةُ بَاقِيَةٌ . . صُدِّقَ . . . .

قالت هي أولاً : انقضت ، ثم قال الزوج : راجعتك قبل انقضاء العدة . . فهي المصدقة بيمينها ، وإن قال الزوج أولاً : راجعتك قبل انقضاء عدتك ثم قالت : بعد انقضائها . . فهو المصدق ، فمن سبقت دعواه . . رجح قوله ؛ لاستقرار الحكم بقوله .

والثاني : أن القول قول الزوج استبقاء للنكاح ؛ لأن الأصل بقاء الزوجية .

والثالث : أن القول قولها ؛ لأنها تخبر عما لا مطلع عليه إلا من جهتها ، والزوج متمكن من الإشهاد .

والرابع : يقرع بينهما ويقدم قول من خرجت قرعته .

قال : (**فإن ادعت الانقضاء ثم ادعىٰ رجعة قبله . . صدقت بيمينها**) ؛ لأنها إذا قالت : انقضت عدتي . . فلا بد من تصديقها ، ولا التفات إلىٰ قوله بعد التصديق .

قال : (**أو ادعاها قبل انقضاء فقالت : بعده . . صدق**) ؛ لأنه يملك الرجعة ، وقد صحت في الظاهر فلا يقبل قولها في إبطالها .

قال : (**قلت : فإن ادعيا معاً . . صدقت والله أعلم**) المراد أنها تصدق بيمينها ؛ لأن انقضاء العدة لا يعلم إلا من جهتها ، والزوج يمكنه الإشهاد على الرجعة ولم يترجح سبق حتىٰ يتقدم به .

وقيل : القول قوله ، وقيل : يقرع .

وحاصل الخلاف في المسألة والتي قبلها خمسة أوجه ، والمراد بـ(سبق الدعوىٰ) عند الحاكم .

قال ابن عجيل اليمني وغيره : فلو قالا : لا نعلم سبقاً ولا ترتيباً . . فالأصل بقاء العدة وولاية الرجعة .

قال : (**ومتى ادعاها والعدة باقية . . صدق**) ؛ لقدرته على الإنشاء .

وعن صاحب « التقريب » أن القول قولها ؛ لأن الأصل عدم الرجعة ، وهو بعيد جداً .

وَمَتَىٰ أَنْكَرَتْهَا وَصُدِّقَتْ ثُمَّ ٱعْتَرَفَتْ . . قُبِلَ ٱعْتِرَافُهَا . وَإِذَا طَلَّقَ دُونَ ثَلَاثٍ وَقَالَ : وَطِئْتُ فَلِي ٱلرَّجْعَةُ وَأَنْكَرَتْ . . صُدِّقَتْ بِيَمِينٍ ، وَهُوَ مُقِرٌّ بِٱلْمَهْرِ ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ . . فَلَا رُجُوعَ لَهُ ، . . . .

ومقتضىٰ إطلاق المصنف تصديقه بلا يمين .

وفصل الماوردي فقال : إن لم يتعلق به قبل الرجعة حق لها . . فلا يمين عليه ، وإن تعلق به كما لو كان وطئها قبل إقراره بالرجعة فطالبته بالمهر فأنكر وجوبه وادعى الرجعة قبله . . حلف .

تنبيه :

هـٰذا إذا اختلفا ولم تنكح زوجاً غيره ، فإن نكحت ثم اختلفا وادعى الرجعة ، فإن أقام بينة . . فهي زوجته ، سواء دخل بها الثاني أم لا ، وإن لم تقم بينة . . سمعت دعواه عليها ؛ لتحليفها على الصحيح ، ولا يقبل إقرارها له ، وفي سماع دعواه على الزوج الثاني وجهان .

قال : (**ومتىٰ أنكرتها وصدقت ثم اعترفت . . قبل اعترافها**) ؛ لأنها جحدت حقاً ثم اعترفت به ، واستشكله الإمام ؛ لأن قولها الأول يقتضي تحريمها عليه ، فقبول نقيضه مشكل ، وقد قالوا : إنها إذا ادعت أخوة الرضاع أو النسب ثم أكذبت نفسها . . لم يقبل منها ، وقدموا تأبيد الحرمة .

قال : (**وإذا طلق دون ثلاث وقال : وطئت فلي الرجعة وأنكرت . . صدقت بيمين**) ؛ لأن الأصل عدم الدخول ، فعلىٰ هـٰذا : لا رجعة له ، ولا نفقة لها ولا سكنىٰ ، ولها أن تنكح ، لـٰكن هو ليس له أن ينكح أختها ولا أربعاً سواها حتىٰ يمضي زمن عدتها .

قال : (**وهو مقر بالمهر ، فإن قبضته . . فلا رجوع له**) ؛ لإقراره به لها .

هـٰذا إذا كان ديناً ، فإن كان الصداق عيناً وامتنع الزوج من قبول النصف . . ففي « شرح المفتاح » لأبي منصور أنه يقال له : إما أن يقبله ، وإما أن يبرئها منه ، ومراده

أن القاضي يتلطف به في ذلك ، لا أنه يجب ، والبراءة من الأعيان لا تصح ، والحق أن نصف العين المقبوضة حينئذ في حكم عين أقر بها لشخصٍ فأنكر . . فيأتي فيها الخلاف المشهور .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم تكن قبضته (. . **فلا تطالبه إلا بنصف**) ؛ لأنه الذي استحقته بالعقد ، فإذا أخذت ثم عادت واعترفت بالدخول فهل لها أخذ النصف الثاني أو لا بد من إقرار مستأنف من الزوج؟ وجهان[1] .

تتمة :

طلق زوجته الأمة واختلفا في الرجعة . . فكل موضع قبلنا فيه قول الزوج إذا كانت حرة فكذا هنا ، وحيث قبلنا قول المرأة فهنا القول قول السيد ، قاله المتولي وابن الصباغ ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، واختاره الشاشي ، وقواه المصنف .

وقال البغوي : المعتبر تصديقها ، ولا أثر لقول السيد ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، قال في « المهمات » : وهو مذهب الشافعي المنصوص في « الأم » و« البويطي » وهو الصواب .

* * *

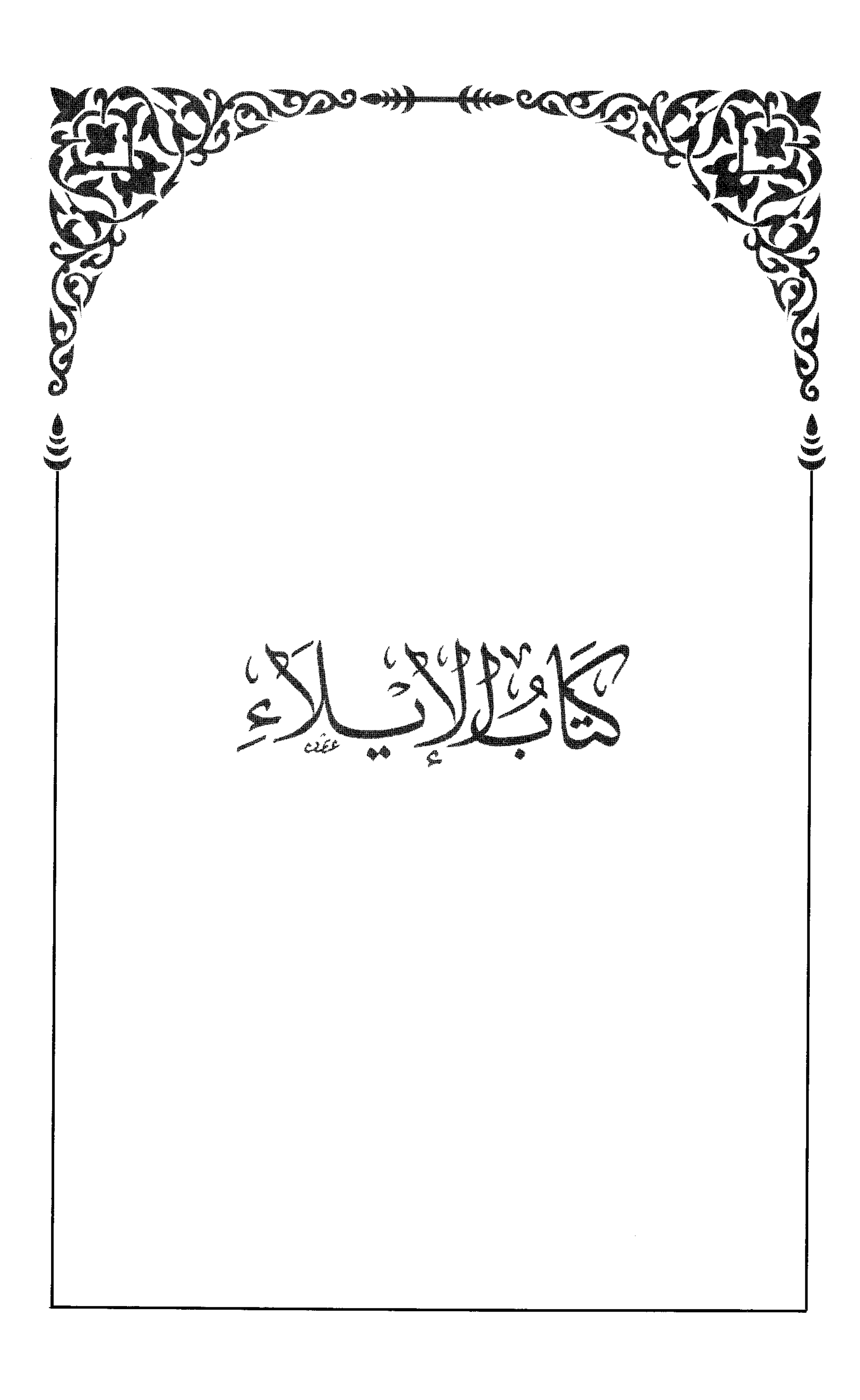
خاتمة

لو كانت المرأة صبية أو معتوهة فقال الزوج بعد انقضاء عدتها : راجعتها فيها . . لم يصدق إلا ببينة ، سواء صدقه وليها أم لا ، وسواء كان الولي أباً أم غيره .

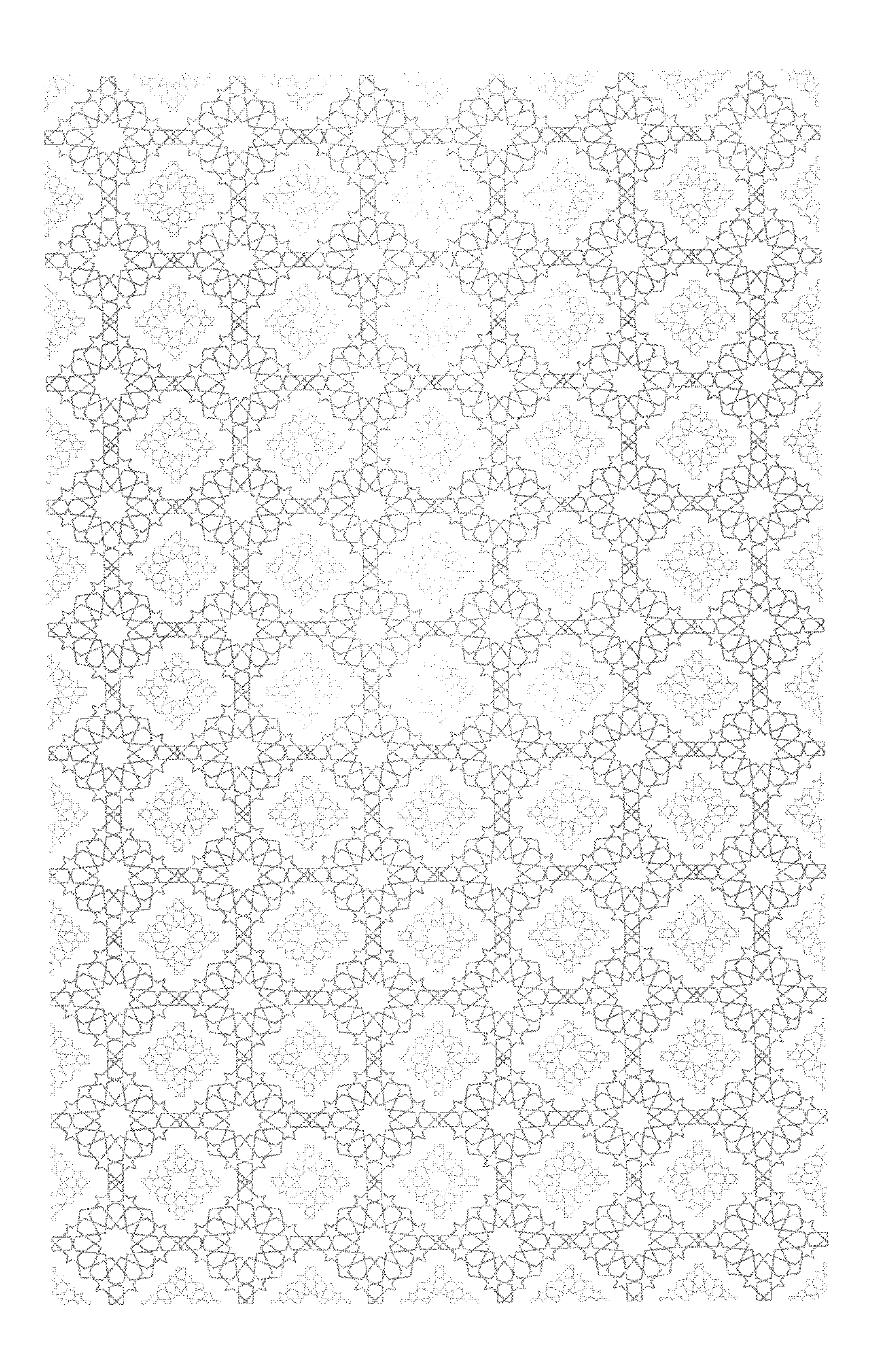
ولو كانت صحيحة فعرض لها مرض أذهب عقلها ثم قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعتها فيها . . لم يقبل ، فإن أفاقت وصدقته . . قبل وكانت زوجته .

* * *

(١) في هامش (ز) : (مقتضىٰ ما في الإقرار تصحيح : أنه لا بد من إقرار مستأنفٍ من الزوج) .



كتاب الإيلاء



كِتَابُ ٱلْإِيلَاءِ

. . . .

كتاب الإيلاء

هو مصدر آلىٰ يولي إيلاء ؛ أي : حلف .

والألية بتشديد الياء : اليمين ، وجمعها ألايا ، قال تعالىٰ : ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ ﴾ وهو الصديق رضي الله عنه .

وقال صلى الله عليه وسلم : « من يتأل على الله . . يكذبه »[1] .

وقال الشاعر [من الطويل] :

قليـــل الألايـــا حـــافـــظ ليمينـــه وإن سبقـــت منـــه الأليـــة بـــرت

وقال آخر [من الوافر] :

وأكـــذب مـــا يكـــون أبـــو المثنـــىٰ إذا آلـــىٰ يمينـــاً بـــالطـــلاق

وقال الشافعي : سمعت ممن أرضىٰ من أهل العلم أن أهل الجاهلية كانوا يطلقون بالظهار والإيلاء والطلاق ، فأقر الله تعالى الطلاق طلاقاً ، وحكم في الإيلاء والظهار بحكمهما .

واختلف أصحابنا هل عمل بكونه طلاقاً في أول الإسلام علىٰ وجهين : أصحهما : لا .

وافتتح الكتاب في « المحرر » بقوله تعالىٰ : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ .

وقرأ أبي وابن عباس (للذين يقسمون) .

وإنما عدي بـ(من) وهو معدىً بـ(علىٰ) ؛ لأنه ضمن معنى البعد ، كأنه قيل :

---

(١) أخرجه الشهاب في « مسنده » (٢٤٥) ، وهناد بن السري في « الزهد » (٤٩٧) .

هُوَ حَلِفُ زَوْجٍ يَصِحُّ طَلَاقُهُ لَيَمْتَنِعَنَّ مِنْ وَطْئِهَا مُطْلَقاً ، أَوْ فَوْقَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ .

يبعدون من نسائهم مولين أو مقسمين ، ويجوز أن يراد : لهم من نسائهم كقولك : لي منك كذا .

والإيلاء الشرعي حرام للأبد أو هو غير ما وقع من النبي صلى الله عليه وسلم في السنة التاسعة لما آلى من نسائه شهراً[1] .

قال : (**هو حلف زوج**) من حر أو عبد مسلم أو ذمي ، فخرج بالزوج : السيد ؛ فلا يصح إيلاؤه من الأمة ، ومن قاله لأجنبية ثم تزوجها . . فالأصح لا يكون مولياً كما سيأتي .

قال : (**يصح طلاقه**) خرج الصبي والمجنون ، ودخل السكران لصحة طلاقه .

والمراد : من يصح طلاقه في الجملة ؛ ليدخل ما إذا قال : إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ، وفرعنا على انسداد باب الطلاق ؛ فإنه زوج لا يصح طلاقه ، ومع ذلك يصح إيلاؤه ، وتستوي في الإيلاء حالة الرضا والغضب ؛ لإطلاق الآية .

وعن مالك : يختص بحالة الغضب كما قاله ابن عباس .

قال : (**ليمتنعن من وطئها**) أي : في القبل ، فلو حلف علىٰ تركه في الدبر أو فيما دون الفرج . . لم يكن مولياً .

ولو قال : إلا في الحيض أو النفاس . . قال السرخسي : لم يكن مولياً ، وفي « فتاوى البغوي » و« الذخائر » أنه مول ، وكذا إذا قال : إلا في شهر رمضان ، أو إلا في المسجد ، لـكنه إذا أفاء في الحيض ونحوه . . سقطت المطالبة في الحال .

قال : (**مطلقاً ، أو فوق أربعة أشهر**) ؛ لما في ذلك من الإضرار بها ، وخرج بالامتناع عن الوطء الامتناع عن الاستمتاع فليس بإيلاء .

وقوله : (مطلقاً) يريد ما إذا أطلق الحلف ، ولم يقيده بمدة ، وفي معناه ما إذا أكده بقوله : أبداً ، وأما التقييد بالأربعة أشهر . . فلأن المرأة يعظم ضررها إذا زادت علىٰ ذلك ؛ لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر ، وبعد ذلك يفنىٰ صبرها .

---

(١) البخاري (٣٧٨) ، ومسلم (١٤٧٩/ ٣٠) .

وَٱلْجَدِيدُ : أَنَّهُ لاَ يَخْتَصُّ بِٱلْحَلِفِ بِٱللهِ تَعَالَىٰ وَصِفَاتِهِ ، بَلْ لَوْ عَلَّقَ بِهِ طَلاَقاً أَوْ عِتْقاً ، أَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكِ فَلِلّهِ عَلَيَّ صَلاَةٌ أَوْ صَوْمٌ أَوْ حَجٌّ أَوْ عِتْقٌ . . كَانَ مُولِياً .

روى البيهقي[٩/ ٢٩] عن عمر : أنه خرج مرة في الليل فسمع امرأة تقول [من الطويل] :

تطاول هـٰذا الليل واسود جانبه ... وأرقني أن لا خليل ألاعبه
فوالله لولا الله أني أراقبه ... لحُرك من هـٰذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يصدني ... وأكرم بعلي أن تنال مراتبه

فقال عمر لابنته حفصة : كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن : تصبر شهرين ، وفي الثالث يقل صبرها ، وفي الرابع ينفذ صبرها فكتب إلىٰ أمراء الأجناد أن لا يحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر .

وقولها : (من هـٰذا السرير) أرادت نفسها ؛ لأنها فراش الرجل ، فهي كالسرير الذي يجلس عليه .

ولأن الله تعالىٰ لما جعل للمولي التربص أربعة أشهر دل علىٰ أن حكم الإيلاء يتعلق بما فوقها ، حتىٰ لو حلف لا يطأ أربعة أشهر ولحظة . . كان مولياً آثماً ، غير أنه لا تظهر فيه أحكام الإيلاء .

وعن أبي حنيفة : أن الأربعة الأشهر كما فوقها ، لـٰكن يرد على المصنف أنه لو قال : لا أطؤك حتىٰ أموت أو تموتي أو يموت فلان . . فإنه يكون مولياً ؛ لحصول اليأس ولم يذكر فوق أربعة أشهر .

ولو قال : والله لا أصبتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا أصبتك أربعة أشهر ، وكرر ذلك مراراً . . فالأصح أنه لا يكون مولياً وسيأتي .

قال : (**والجديد : أنه لا يختص بالحلف بالله تعالىٰ وصفاته ، بل لو علق به طلاقاً أو عتقاً ، أو قال : إن وطئتك فلله عليَّ صلاة أو صوم أو حج أو عتق . . كان مولياً**) ؛ لأن ذلك يسمى يميناً ، فيتناوله إطلاق الآية .

والقديم : الاختصاص ؛ لأن المعهود في الجاهلية في الأيمان الاختصاص بالله تعالىٰ ، والشرع إنما غير حكمه لا صورته .

وَلَوْ حَلَفَ أَجْنَبِيٌّ عَلَيْهِ . . فَيَمِينٌ مَحْضَةٌ ، فَإِنْ نَكَحَهَا . . فَلاَ إِيلاَءَ . وَلَوْ آلَىٰ مِنْ رَتْقَاءَ ، أَوْ قَرْنَاءَ ، أَوْ آلَىٰ مَجْبُوبٌ . . لَمْ يَصِحَّ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

وأورد على اعتبار الحلف صورة يكون فيها الإيلاء بغير حلف ، وهي : إذا فرعنا علىٰ صحة الظهار المؤقت وهو الصحيح فزاد علىٰ أربعة أشهر فقال : أنت علي كظهر أمي سنة مثلاً . . فالأصح أنه يكون مولياً .

وشرط انعقاده على الجديد : أن يلزمه شيء إذا وطىء بعد أربعة أشهر ، فلو كانت اليمين تنحل قبل ذلك بأن قال : إن وطئتك فلله علي صوم هـٰذا الشهر مثلاً . . فليس بمول .

ولو قال : إن وطئتك فلله علي صوم هـٰذه السنة ، فإن كان الباقي منها أكثر من أربعة أشهر . . فهو مول ، وإلا . . فلا .

قال : (**ولو حلف أجنبي عليه** . . **فيمين محضة**) أي : علىٰ ترك الوطء (بأن قال لأجنبية : والله لا أطؤك ، فإذا وطئها قبل المدة أو بعدها . . كان عليه كفارة ، وعبارة « المحرر » : غير الزوج ، وهي أحسن ؛ لشمولها السيد .

قال : (**فإن نكحها** . . **فلا إيلاء**) ولا تضرب له مدة لأن الإيلاء يختص بالزوجات ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ ، ولا ينعقد بخطاب الأجنبية كالطلاق .

وفي وجه ضعيف : إن نكحها وقد بقي من المدة أكثر من أربعة أشهر : ضربت ، وإن قال : إن تزوجتك فوالله لا أطؤك . . فكتعليق الطلاق قبل النكاح .

قال : (**ولو آلىٰ من رتقاء ، أو قرناء ، أو آلىٰ مجبوب** . . **لم يصح على المذهب**) ؛ لأنه لم يتحقق منه قصد الإضرار والإيذاء لامتناع الأمر في نفسه ، ولأنه يمين علىٰ ترك ما لا يقدر عليه فلم يصح كما لو حلف لا يصعد السماء .

وقيل : يصح ؛ لعموم الآية ، وقياساً على الظهار ، وسيأتي في بابه الفرق بينهما .

ومجموع ما في المسألة طرق :

أصحها : قولان .

والثانية : القطع بالبطلان .

وَلَوْ قَالَ : وَٱللهِ لاَ وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِذَا مَضَتْ فَوَٱللهِ لاَ وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، وَهَـٰكَذَا مِرَاراً . . فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

والثالثة : القطع بالصحة ، فلو عبر بالأظهر . . علم أن الأرجح طريقة القولين .

وصورة المسألة : أن يكون المانع موجوداً عند الإيلاء ، فلو طرأ بعده لم يبطل على المذهب ؛ لأن العجز عارض .

والمراد بـ(المجبوب) : من لم يبق له قدر الحشفة ، فإن بقي قدرها . . صح إيلاؤه ، والأشل كالمجبوب .

وأفهم بمثيله بالمانع الحسي صحة الإيلاء من المريض المذفف والخصي والعنين وهو كذلك .

قال : (**ولو قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، وهـٰكذا مراراً . . فليس بمول في الأصح**) ؛ لأنه بعد الأربعة لا تمكن مطالبته بموجب اليمين الأولىٰ لانحلالها ، ولا بموجب الثانية ؛ لأن مدة المهلة لم تمض ، وبعد الثمانية لا يمين ، وكل منهما يمين منفردة فتعطىٰ حكمها .

كما لو اشترىٰ أوسقاً كثيرة في صفقات علىٰ صورة العرايا . . فإنه يجوز .

قال الإمام : وهـٰذا الحالف يأثم إثم الإيذاء لا إثم الإيلاء .

والوجه الثاني : يكون مولياً ؛ لتضررها بذلك كما لو كانت الثمانية بيمين واحدة . وظاهر كلامه أن صاحب هـٰذا الوجه يعطيه أحكام الإيلاء ، وليس كذلك ، إنما هو في الإثم فقط لقصد الإضرار بها ، أما المطالبة . . فلا تتصور كما قاله المصنف في « نكت التنبيه » .

وقوله : (وهكذا مراراً) لا حاجة إليه ؛ فإن قوله : (أربعة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر) كاف في جريان الوجهين ، وموضع الخلاف إذا وصل اليمين كما ذكره المصنف ، فإن حلف لا يجامعها أربعة أشهر ثم أعاد اليمين بعد مضي تلك المدة وهـٰكذا مراراً . . فإنه لا يكون مولياً بلا خلاف ، قاله في « البسيط » .

وصورة المسألة : أن يكون ذكر اسم الله تعالىٰ ، فإن قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت . . لا وطئتك . . قال ابن الرفعة : هـٰذه يمين واحدة ، فاشتملت

وَلَوْ قَالَ : وَٱللهِ لاَ وَطِئْتُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِذَا مَضَتْ فَوَٱللهِ لاَ وَطِئْتُكِ سَنَةً . . فَإِيلاَءَانِ لِكُلٍّ حُكْمُهُ . وَلَوْ قَيَّدَ بِمُسْتَبْعَدِ ٱلْحُصُولِ فِي ٱلأَرْبَعَةِ كَنُزُولِ عِيسَىٰ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . . فَمُولٍ ، . . . .

علىٰ أكثر من أربعة فيكون مولياً وجهاً واحداً .

قال : (**ولو قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك سنة . . فإيلاءان لكل حكمه**) ، فتطالبه بعد أربعة أشهر بموجب اليمين الأولىٰ ، فإذا أخرت حتىٰ مضى الشهر الخامس . . فلا مطالبة ؛ لانحلالها ، وتضرب مدة اليمين الثانية بعد الخمسة ، سواء فاء في الأولىٰ أو لا ، ولا فرق في عدم المطالبة بعد مضي الخامس بين أن يعلم ثبوت حقها في الطلب فتتركه ، أو لا يعلم حتىٰ تنقضي المدة .

وقوله : (سنة) موافق « للشرح » و« الروضة » ، وفي « المحرر » : ستة أشهر ، والجميع صحيح ، لٰكن الأحسن قراءة ما في الكتاب بالتاء المثناة من فوق ؛ أي : ستة أشهر ؛ ليوافق ما في « المحرر » .

قال : (**ولو قيد بمستبعد الحصول في الأربعة كنزول عيسىٰ صلى الله عليه وسلم . . فمول**) ؛ لأن الغالب عدم حصوله في الأربعة فتتضرر بقطع الرجاء .

ونظير نزول عيسىٰ بن مريم : خروج يأجوج ومأجوج والدجال ، وطلوع الشمس من مغربها وكذلك حتىٰ يقدم فلان من مكة والغالب إنما يأتي مع الحاج والمدة بينهما أكثر من أربعة أشهر ، وقيل : ينتظر ، فإن مضت أربعة أشهر ولم يوجد . . بان كونه مولياً فتطالبه الآن .

واحترز عما يتحقق عدم وقوعه : إما مطلقاً كالمستحيلات عادة مثل صعود السماء ، أو عقلاً كالجمع بين الضدين ، وأما في الأربعة أشهر مثل : حتىٰ تقوم الساعة . . فإنه يكون في ذلك مولياً .

وعيسىٰ صلى الله عليه وسلم اسم سرياني فلذلك لم ينصرف ، وهو بالسريانية أيسوع ، حوله العرب إلىٰ عيسىٰ ، وجمعه عيسون بفتح السين ، والنسبة إليه عيسوي .

وَإِنْ ظَنَّ حُصُولَهُ قَبْلَهَا . . فَلاَ ، وَكَذَا لَوْ شَكَّ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَفْظُهُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ . فَمِنْ صَرِيحِهِ : تَغْيِيبُ ذَكَرٍ بِفَرْجٍ ، وَوَطْءٌ ، وَجِمَاعٌ ، وَٱفْتِضَاضُ بِكْرٍ . . . . . .

وأما خبر نزوله . . ففي « الصحيحين » [خ ٣٤٤٨ـ م ١٥٥/٢٤٢] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « والذي نفسي بيده! ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم حكماً عدلاً ، فيكسر الصليب ، ويقتل الخنزير ، ويضع الجزية ، ويفيض المال حتىٰ لا يقبله أحد ، حتىٰ تكون السجدة الواحدة خيراً من الدنيا وما فيها » .

وفي « صحيح مسلم » [١١٠/٢٩٣٧] : « أنه ينزل على المنارة البيضاء شرقي دمشق ، وأنه يقتل الدجال بباب لُدّ ، وأنه يصلي وراء إمام منا تكرمة من الله تعالىٰ لهـٰذه الأمة » وجاء : أنه يتزوج بعد نزوله ، ويولد له ، ويدفن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم .

قال : (**وإن ظن حصوله قبلها . . فلا**) ، بل يكون عقد يمين كوجود الأمطار في وقت غلبة المطر ، ومجيء زيد من القرية وعادته المجيء للجمعة ، أو مجيء القافلة وعادتها المجيء غالباً كل شهر ، وهـٰكذا ما علم حصوله كذبول البقل وجفاف الثوب وتمام الشهر ونحوه .

قال : (**وكذا لو شك في الأصح**) ؛ لاحتمال وجوده في الأربعة وبعدها على السواء مثل : حتىٰ يدخل زيد الدار ، أو يمرض فلان ، أو يقدم وهو علىٰ مسافة قريبة والشك حاصل في قدومه . . فلا نحكم الآن بإيلاء ؛ لأنه لم يتحقق قصد المضارة ، فإن قال : حتىٰ أموت أو تموتي . . كان مولياً كما تقدم .

فلو وطىء قبل وجود المعلق به . . وجبت الكفارة قطعاً ، ولو وجد المعلق به قبل الوطء . . ارتفعت اليمين .

ولو قال : حتىٰ تحبلي وهي آيسة أو صغيرة . . فمول ، وإن كانت من ذوات الأقراء . . فكالوجهين في التعليق بدخول الدار .

قال : (**ولفظه صريح وكناية . فمن صريحه : تغييب ذكر بفرج ، ووطء ، وجماع ، وافتضاض بكر**) ؛ لأنها ألفاظ مشتهرة في العرف لا تحتمل غير الجماع ، لـٰكن لو قال : أردت الاجتماع في المكان والوطء بالقدم . . دُيِّن .

وقيل : لفظ الوطء والجماع كنايتان ، وهو شاذ .

وَٱلْجَدِيدُ: أَنَّ مُلَامَسَةً وَمُبَاضَعَةً وَمُبَاشَرَةً وَإِتْيَاناً وَغِشْيَاناً وَقِرْبَاناً وَنَحْوَهَا كِنَايَاتٌ.

وأما افتضاض البكر ، فإن قال : لم أرد به جماعاً . . فالأصح أنه يدين .

ومن ألفاظه الصريحة التي لا تقبل التأويل ولا التدين : اللفظ المركب من (النون) و(الياء) و(الكاف) .

وتعبيره بـ(الذكر) يوهم الجميع ، وهو لو أراد جميع الذكر . . لم يكن مولياً ؛ إذ لا ضرر عليها لحصول مقصودها بتغييب الحشفة ، كذا قاله الجيلي ، واستحسنه ابن الرفعة ، قال : فكان الأحسن التعبير بالحشفة ، ثم ذكر لكلامه احتمالين :

أحدهما : قاله في « الكفاية » ؛ لأن المراد : أن لا أغيب شيئاً من المسمىٰ .

والذكر يطلق علىٰ بعضه ؛ لحديث : « من مس ذكره . . فليتوضأ »[1] .

والثاني ـ قاله في « المطلب » ـ: أنهم عبروا بالذكر عن الحشفة ؛ لأنها المعتبرة في ترتب الأحكام ، وجمع في « الروضة » بين العبارتين فقال : لا أغيب في فرجك ذكري أو حشفتي .

قال : (**والجديد : أن ملامسة ومباضعة ومباشرة وإتياناً وغشياناً وقرباناً ونحوها**) كالإفضاء واللمس والمباعلة والدخول (**كنايات**) ؛ لأن لها حقائق غير الجماع ، ولم تشتهر فيه اشتهار الألفاظ السابقة .

والقديم : أنها صرائح ؛ لاستعمالها في العرف والشرع بمعنى الجماع ، قال تعالىٰ : ﴿ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ ، ﴿ وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ ﴾ ، ﴿ فَلَمَّا تَغَشَّىٰهَا ﴾ ، ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ ﴾ .

وقيل : الإتيان وما بعده كنايات قطعاً ، والقربان بكسر القاف ، وأجاز ابن طريف في الأفعال ضمها ، وأما الإصابة . . فصريحة عند الجمهور ، وقيل على القولين .

ولو قال : لا يجتمع رأسي ورأسك علىٰ وسادة ، أو لا يجتمعان تحت سقف . . فكناية قطعاً .

---

(١) أخرجه ابن خزيمة (٣٣) ، وابن حبان (١١١٢) ، والحاكم (١/١٣٧) ، وأبو داوود (١٨٣) ، وغيرهم .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكِ فَعَبْدِي حُرٌّ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . . زَالَ ٱلإِيلاَءُ . وَلَوْ قَالَ : فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي وَكانَ ظَاهَرَ . . فَمُولٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ظِهَارَ وَلاَ إِيلاَءَ بَاطِناً ، وَيُحْكَمُ بِهِمَا ظَاهِراً ، وَلَوْ قَالَ : عَنْ ظِهَارِي إِنْ ظَاهَرْتُ . . فَلَيْسَ بِمُولٍ حَتَّىٰ يُظَاهِرَ . . . .

قال : (**ولو قال : إن وطئتك فعبدي حر ، فزال ملكه عنه . . زال الإيلاء**) ؛ لأنه صار بحال لا يلزمه بالوطء شيء .

ودخل في قوله : (فزال ملكه) ما لو مات أو أعتقه أو باعه بيعاً لازماً ، وخرج عنه ما إذا دبره أو كاتبه أو استولدها . . فإن ملكه لم يزل ، فلو زال ملكه عنه ثم عاد . . ففي عود الإيلاء قولا عود الحنث ، كذا قاله الشيخان ، وظاهر نص « الأم » ترجيح عود الإيلاء .

قال : (**ولو قال : فعبدي حر عن ظهاري وكان ظاهر**) أي : وعاد قبل ذلك (. . **فمول**) ؛ لأنه كان له أن يعتق أي عبد شاء ، وفي أي وقت شاء ، فتعين عليه ذلك العبد ، وذلك مشق ، فصار كالتزام أصل العتق ، فعلىٰ هـٰذا : إذا وطىء في مدة الإيلاء أو بعدها . . عتق عن الظهار في الأصح ، وقيل : لا ؛ لأنه تأدىٰ به لازم الإيلاء ، والعتق لا يتأدىٰ به حقان .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن ظاهر (. . **فلا ظهار ولا إيلاء باطناً**) أما الأول . . فلكونه كذب في كونه مظاهراً .

وأما الثاني . . فلأنه علق على الوطء عتقاً عن الظاهر ، والفرض أنه لا ظهار ، فلا عتق إذا لم توجد الصفة المعلق عليها العتق .

قال : (**ويحكم بهما ظاهراً**) ؛ لإقراره بظهار سابق ، فيحكم به ككل حق أقرَّ به ، ويحكم بأنه مول .

قال : (**ولو قال : عن ظهاري إن ظاهرت . . فليس بمول حتىٰ يظاهر**) ؛ لأنه لا يعتق العبد لو وطئها قبل الظهار ، ولا يناله محذور ، فإذا ظاهر . صار مولياً ؛ لأن العتق حينئذ يحصل لو وطىء .

أَوْ إِنْ وَطِئْتُكِ فَضَرَّتُكِ طَالِقٌ . . فَمُولٍ ، فَإِنْ وَطِىءَ . . طَلَقَتِ ٱلضَّرَّةُ وَزَالَ ٱلإِيلَاءُ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ : وَٱللهِ لَا أُجَامِعُكُنَّ . . فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي ٱلْحَالِ ، فَإِنْ جَامَعَ ثَلَاثاً . . فَمُولٍ مِنَ ٱلرَّابِعَةِ ، فَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُنَّ قَبْلَ وَطْءٍ . . زَالَ ٱلإِيلَاءُ ، . . . .

وقيل : في كونه مولياً في الحال قولان ؛ لأن العتق يتعلق بأمرين : الوطء والظهار ، والوطء مقرب منه ، فعلى المذهب : لو وطىء في مدة الإيلاء أو بعدها . . عتق العبد ؛ لوجود الظهار والوطء بعده ، ولا يقع عن الظهار اتفاقاً ؛ لسبق الظهار ، وقيل : لعدم خلوصه عنه .

قال : (**أو إن وطئتك فضرتك طالق . . فمول**) أي : من المخاطبة ؛ لما يلحق من طلاق الضرة عند الوطء .

قال : (**فإن وطىء**) في المدة أو بعدها (. . **طلقت الضرة**) ؛ لوجود المعلق عليه طلاقها .

قال : (**وزال الإيلاء**) ؛ لأنه لا يترتب عليه شيء بوطئها بعد ذلك .

قال : (**والأظهر : أنه لو قال لأربع : والله لا أجامعكن . . فليس بمول في الحال**) ؛ لأن الكفارة إنما تجب بوطء الجميع كما لو حلف لا يكلم زيداً وعمراً وخالداً ، وهو ممكن من وطء ثلاث بلا ضرر .

والثاني : نعم ، كقوله : لا جامعت واحدة منكن ، وبه قال الأئمة الثلاثة ؛ لأنه ما من واحدة إلا ووطؤها يقرب من الحنث ، وقرب الحنث محذور كالحنث .

قال : (**فإن جامع ثلاثاً . . فمول من الرابعة**) ؛ لأنه يحنث بوطئها ، وسواء وطىء الثلاث في النكاح أو بعد البينونة ، فينعقد الإيلاء ؛ لأن اليمين تشمل الحلال والحرام .

ولو وطئها في الدبر . . فكذلك في الأصح .

قال : (**فلو مات بعضهن قبل وطء . . زال الإيلاء**) ؛ لتحقق امتناع الحنث ، لأن اسم الوطء يقع مطلقه علىٰ ما في الحياة ، وقيل : يتعلق الحنث والبر بوطء الميتة .

وَلَوْ قَالَ : وَٱللهِ لاَ أُجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ . . فَمُولٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ . وَلَوْ قَالَ : لاَ أُجَامِعُكِ إِلَىٰ سَنَةٍ إِلاَّ مَرَّةً . . فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي ٱلْحَالِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

وأشار بعضهم إلىٰ وجه ثالث فارق بين ما قبل الدفن وبعده ، ولا أثر لموت بعضهن بعد وطئها .

قال : (**ولو قال : والله لا أجامع كل واحدة منكن . . فمول من كل واحدة**) أي : علىٰ حيالها كما لو أفردها بالإيلاء ، فتضرب المدة ولكل منهن حق المطالبة إذا انقضت .

وظاهر كلام المصنف أنه لو وطىء واحدة . . لا يرتفع الإيلاء في الباقيات ، وهو وجه رجحه الإمام .

والأصح عند الأكثرين : انحلال اليمين وزوال الإيلاء ؛ لأنه حلف أن لا يطأ واحدة وقد وطئها .

وبقي من صور المسألة : لا أجامع واحدة منكن ، فإن أراد الامتناع عن كل واحدة . . فمول منهن ، أو من واحدة معينة . . فمول منها فقط ، ويقبل منه ذلك ظاهراً على الصحيح ، وإن أطلق . . فالأصح الحمل على التعميم .

قال : (**ولو قال : لا أجامعك إلىٰ سنة إلا مرة . . فليس بمول في الحال في الأظهر**) ؛ لأنه لا يلزمه بالوطء في الحال شيء لاستثنائه الوطء مرة .

والثاني : أنه مول في الحال ؛ لأن الوطأة الأولىٰ إن لم يتعلق بها حنث . . فهي مقربة منه ، فإذا مضت السنة ولم يطأ . . انحل الإيلاء ، لـكن هل تلزمه كفارة؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن اللفظ يقتضي أن يفعل مرة .

والثاني ـ وهو الأصح في زوائد « الروضة » ـ : لا ؛ لأن مقصوده أن لا يزيد علىٰ مرة ، ولو وطىء ثم نزع ثم أولج ثانياً . . لزمته الكفارة بالإيلاج الثاني على الأصح .

ونظير المسألة : إذا قال : إن كنت أملك إلا مئة فأنت طالق وكان يملك دون المئة . . فقيل : تطلق ، وقيل : وجهان ، وفي المسألة بحث تقدم في بابي (الإقرار) و(الطلاق) .

فَإِنْ وَطِئَ وَبَقِيَ مِنْهَا أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . . فَمُولٍ .

فَصْلٌ :

يُمْهَلُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . . . .

ومن فروعها : لو كانت له أمة فحلف لا يبيعها إلا بألفين ثم أعتقها . . ففي حنثه الوجهان .

قال : (**فإن وطىء وبقي منها أكثر من أربعة أشهر . . فمول**) من ذلك الوقت ؛ لحصول الحنث ولزوم الكفارة لو وطىء ، وإن بقي أربعة أشهر فما دونها . . لم يكن مولياً ، بل حالف فقط ، وعلى القول الثاني : يطالب بعد مضي المدة ، فإن وطىء . . فلا شيء عليه ؛ لأن الوطأة الأولىٰ مستثناة ، وتضرب المدة ثانياً إن بقي من السنة مدة الإيلاء ، وعلىٰ هـٰذا القياس : لو قال : إلا عشر مرات مثلاً . . فعلى الأظهر : ليس مولياً إلا إذا وطىء ذلك العدد وبقيت مدة الإيلاء .

تتمة :

لو قال : والله لا أصبتك في هـٰذا البيت . . لم يكن مولياً ؛ لأن بقاءها في البيت إلى انقضاء العدة غير محقق ، ولأنه متمكن من وطئها بلا ضرر يلحقه بأن يطأها في غيره ، بخلاف قوله : إن وطئتك . . فعبدي حر ؛ فإنه مول في الجديد مع أنه متمكن من بيعه ، لأن بيعه ضرر لأنه قد لا يباع بثمن مثله .

ويتجه أن لا يأتي في (لا أصبتك في البيت) الوجه الذي حكاه المتولي فيما إذا قال : لا وطئتك حتىٰ أخرجك من البلد ، ويمكن الفرق في الإخراج من البلد كلفة بخلاف البيت .

قال : (**فصل** :

يمهل أربعة أشهر) ؛ للآية المتقدمة ، قال الشافعي : وهو حق للزوج كالأجل في الدين المؤجل حق للمدين ، وسواء الحر والعبد ؛ لأنه أمر جبلي كالعنة .

وألحقه أبو حنيفة بالعدة فاقتصر علىٰ شهرين ، والاعتبار عنده برق الزوج ، وعند

مِنَ ٱلْإِيلَاءِ بِلَا قَاضٍ ، وَفِي رَجْعِيَّةٍ مِنَ ٱلرَّجْعَةِ . وَلَوِ ٱرْتَدَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ دُخُولٍ فِي ٱلْمُدَّةِ . . ٱنْقَطَعَتْ ، فَإِذَا أَسْلَمَ . . ٱسْتُؤْنِفَتْ . . . .

مالك برق الزوجة ، والمراد بضربها : أن الزوج يمهل إلىٰ مضيها ، وهٰذا في غير الرجعية كما سيأتي .

قال : (**من الإيلاء**) من وقت المرافعة ؛ لأنه مول من حين الحلف .

وشمل إطلاقه ما لو آلىٰ من واحدة غير معينة ثم عينها . . فإن ابتداء المدة من حين اليمين على الأصح ، وقيل : من التعيين .

قال : (**بلا قاض**) ؛ لأنها بائنة بالنص والإجماع ، بخلاف العنة ؛ فإنها مجتهد فيها .

قال : (**وفي رجعية من الرجعة**) ؛ لأنها شرعت للمهلة في وقت يحل له فيه الوطء ، وفي العدة لا يحل له ذلك .

فلو آلىٰ من زوجته ثم طلقها طلاقاً رجعياً . . انقطعت المدة ، فإذا راجعها . . حسبت في حقها من الرجعة لا من وقت اليمين ؛ لأنها عادت إلىٰ صلب النكاح ، ولا ينحل الإيلاء بالطلاق الرجعي .

قال : (**ولو ارتد أحدهما بعد دخول في المدة . . انقطعت**) أي : المدة ، فلا يحسب زمن الردة منها ؛ لأن المرأة تحرم بها ، فلا وقع ؛ لامتناعه من الحرام ، ولا خلاف في الانقطاع بردتها ؛ لأن المانع منها .

وفي ردته وجه : أنها لا تمنع الاحتساب كمرضه .

واحترز بقوله : (بعد دخول) عما قبله ؛ فإن النكاح ينقطع لا محالة .

قال : (**فإذا أسلم . . استؤنفت**) بناء علىٰ وجوب الموالاة في المدة ؛ لأن قوله تعالىٰ : ﴿أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ يقتضي أربعة متوالية ، فوجب استئنافها كصيام الشهرين في الكفارة .

وقيل : يبني ؛ لأن النكاح رجع لحالته الأولىٰ ، ومحل الاستئناف إذا كانت اليمين على الامتناع من الوطء مطلقاً ، أو كان قد بقي من مدة اليمين ما يزيد علىٰ أربعة أشهر ، فإن كان أقل من ذلك . . فلا معنىٰ للاستئناف .

وَمَا مَنَعَ ٱلْوَطْءَ وَلَمْ يَنْحَلَّ بِنِكَاحٍ ؛ إِنْ وُجِدَ فِيهِ . . لَمْ يَمْنَعِ ٱلْمُدَّةَ كَصَوْمٍ وَإِحْرَامٍ وَمَرَضٍ وَجُنُونٍ ، أَوْ فِيهَا وَهُوَ : حِسِّيٌّ كَصِغَرٍ وَمَرَضٍ . . مَنَعَ ، وَإِنْ حَدَثَ فِي ٱلْمُدَّةِ . . قَطَعَهَا ، فَإِذَا زَالَ . . ٱسْتُؤْنِفَتْ ، وَقِيلَ : تُبْنَى . أَوْ شَرْعِيٌّ كَحَيْضٍ وَصَوْمِ نَفْلٍ . . فَلاَ . . . .

قال : (**وما منع الوطء ولم ينحل بنكاح ؛ إن وجد فيه**) أي : في الزوج (. . **لم يمنع المدة كصوم وإحرام ومرض وجنون**) ؛ لأنها ممكنة والمانع منه ، ولذلك استحقت النفقة ، وهو المقصر بالإيلاء وقصده المضارة ، وأشار بالأمثلة إلىٰ أنه لا فرق فيه بين المانع الشرعي والحسي وقال المزني : يمنع حبسه احتساب المدة ، وغلطه الجمهور ، وقيل : محمول علىٰ ما إذا حبس ظلماً .

فرع :

طلب الزوج امرأته وهناك مانع شرعي يختص به كصومه الواجب وإحرامه . . فالأصح : أنه يحرم عليها التمكين ، صرح به الغزالي وغيره ، وستأتي الإشارة إلىٰ هٰذا عند قول المصنف : (**وإن عصىٰ بوطء**) .

قال : (**أو فيها**) أي : في الزوجة (**وهو : حسي كصغر ومرض . . منع**) فلا يطالب بالفيئة لا بالفعل ولا بالقول ؛ لأن المطالبة تكون بالمستحق ، وهي لا تستحق الوطء حينئذ .

قال : (**وإن حدث في المدة . . قطعها**) ، ولأن وجود المانع منها ينفي أن يقصد الإضرار .

والمراد بـ(الصغر) و(المرض) : المانعان من إيلاج الحشفة .

قال : (**فإذا زال**) أي : المانع في المدة (. . **استؤنفت**) ؛ لأن المطالبة مشروطة بالإضرار أربعة أشهر متوالية ولم توجد .

قال : (**وقيل : تبنى**) ؛ لأنه لم ينقطع النكاح ، فصارت كما لو وطئت في المدة بشبهة وحبلت منه . . تبنى بعد الرجوع علىٰ ما مضىٰ ، واختاره الإمام والغزالي .

قال : (**أو شرعي كحيض وصوم نفل . . فلا**) أما الحيض . . فلأنه لو منع لامتنع

وَيَمْنَعُ فَرْضٌ فِي الأَصَحِّ . فَإِنْ وَطِىءَ فِي ٱلْمُدَّةِ ، وَإِلاَّ . . فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِأَنْ يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ . . . .

ضرب المدة غالباً ؛ إذ لا تخلو المدة عن حيض غالباً ، ولهـٰذا لا يقطع التتابع في صوم الشهرين ، والنفاس كالحيض عند الرافعي والمصنف تبعاً للبغوي ؛ لأنه يشاركه في أكثر الأحكام .

ورجح الماوردي أن النفاس كغيره من الأعذار ؛ لأنه نادر ، ومقتضىٰ كلام الشيخ أبي حامد وأتباعه القطع به ، وبه جزم الجرجاني والمحاملي والمتولي وصاحب « الإستقصاء » ، وابن الرفعة في « الكفاية » ثم قال في آخر الفصل : وفيه وجه ادعى البغوي أنه الأصح ، وأما صوم النفل . . فلأنه متمكن فيه من وطئها .

قال : (**ويمنع فرض في الأصح**) ؛ لعدم تمكنه فيه من الوطء .

والثاني : لا ؛ لتمكنه ليلاً ، والاعتكاف كالصوم فرضاً ونفلاً .

قال (**فإن وطىء في المدة**) فذاك ؛ أي وينحل الإيلاء ، ولا يطالب بعد ذلك بشيء .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يطأ (. . **فلها مطالبته بأن يفيء أو يطلق**) ؛ لظاهر الآية .

وفي « البخاري » عن ابن عمر : « إذا آلى الرجل من امرأته . . لم يقع عليه طلاق وإن مضت أربعة أشهر حتىٰ يوقف ، فإما أن يطلق وإما أن يفيء » .

و(الفيئة) : الجماع ، سميت بذلك من فاء إذا رجع .

وروى الدارقطني [٤/٦١] والبيهقي [٧/٣٧٦] عن سهيل بن أبي صالح قال : سألت اثنتي عشرة نفساً من الصحابة عن الرجل يولي فقالوا كلهم : ليس عليه شيء حتىٰ تمضي عليه أربعة أشهر فيوقف ، فإن فاء وإلا . . طلق .

وقال أبو حنيفة : تطلق بمضي المدة من غير طلب ؛ لأنه كان طلاقاً في الجاهلية ، إلا أن الله تعالىٰ جعل المخلص منه المدة .

وكلام المصنف يفهم أن لها توجه الطلب نحو الفيئة وحدها ، وهو الصواب المنصوص ، وجزم به الرافعي قبل هـٰذا .

وَلَوْ تَرَكَتْ حَقَّهَا . . فَلَهَا ٱلْمُطَالَبَةُ بَعْدَهُ . وَتَحْصُلُ ٱلْفَيْئَةُ بِتَغْيِيبِ حَشَفَةٍ بِقُبُلٍ . . .

ونقل الشيخان عن الإمام هنا أنه ليس لها أن توجه الطلب نحو الفيئة وحدها ، بل يجب أن تكون مترددة .

كل هـٰذا إذا لم تكن اليمين بالطلاق ، أو كانت به وجوزنا له أن يولج ، فإن منعناه . . طولب بالطلاق فقط ، وظاهره : أن المطالبة للمرأة مطلقاً ، وليس لسيد الأمة ولا لولي الصبية والمجنونة المطالبة ، وهو كذلك ؛ إذ لا مدخل لذلك تحت الولاية ، وحسن أن يقول الحاكم للزوج : اتق الله بالفيئة أو الطلاق ، وإنما يضيق عليه إذا بلغت أو أفاقت وطلبت .

ثم المراد : طلقة رجعية ، فتخلص بذلك ؛ لأنها توجب البينونة بعد انقضاء العدة ، وتوجب تحريمها على الزوج في الحال .

وقال أبو ثور : تقع الطلقة بائناً ؛ لأنها فرقة شرعت لإزالة الضرر ، فكانت كفرقة العنة .

وفرق الأصحاب بأن تلك فرقة فسخ وهـٰذه فرقة طلاق .

قال : (**ولو تركت حقها . . فلها المطالبة بعده**) ؛ لأن الضرر يتجدد فأشبه الرضا بالإعسار ، بخلاف الرضا بالعنة ؛ فإن ضررها في حكم خصلة واحدة فأشبه الرضا بالعيب .

قال : (**وتحصل الفيئة بتغييب حشفة**) ؛ لأن سائر أحكام الوطء تتعلق بذلك ، وكذلك قدرها من المقطوع ، ولا فرق بين أن يطأها في حالة تباح له أو لا ، ولا بين أن يكون مختاراً أو مكرهاً ، ولا بين أن يكون الزوج عاقلاً أو مجنوناً على المنصوص ، ولا بين البكر والثيب .

وقال البغوي : إذا كانت غوراء ـ وهي التي بكارتها في صدر فرجها ـ توقفت الفيئة علىٰ إزالتها ، وهـٰذا هو المنصوص .

قال : (**بقبل**) فلا تحصل بالتغييب في الدبر ، وهـٰذه مما تستثنىٰ من مساواة القبل الدبر ، وهي من زياداته على « المحرر » ، وهي معترضة ؛ لأنه إذا حلف علىٰ ترك الوطء . . حنث بالوطء فيه ، وإذا حنث . . انحلت اليمين ، فلا تبقىٰ معه مطالبة ، كما

وَلاَ مُطَالَبَةَ إِنْ كَانَ بِهَا مَانِعُ وَطْءٍ كَحَيْضٍ وَمَرَضٍ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَانِعٌ طَبْعِيٌّ كَمَرَضٍ . . طُولِبَ بِأَنْ يَقُولَ : إِذَا قَدَرْتُ . . فِئْتُ ، أَوْ شَرْعِيٌّ كَإِحْرَامٍ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُطَالَبُ بِطَلاَقٍ . . . .

لو طالبته فلم يف إلا بعد انقضاء المدة المحلوف عليها . . فإن مطالبتها تسقط .

وينبغي أن يكون فرض المسألة فيما إذا حلف علىٰ ترك الوطء في القبل ، ولو استدخلت ذكره لم ينحل يمينه ، والأصح : حصول الفيئة به وإذا وطىء بعده حنث .

قال : (**ولا مطالبة إن كان بها مانع وطء كحيض ومرض**) وكذلك النفاس وإحرامها وصومها واعتكافها المفترض ؛ لأن المطالبة تكون بالمستحق ، وهي لا تستحق الوطء حينئذ ، ولأنه في هـٰذه الحالة معذور .

والمراد بـ(المرض) : الذي لا يمكن معه الوطء ، ومثله حبسها حيث لا وصول إليها .

فإن قيل : كيف يجمع بين قولهم : إن طلاق المولي في الحيض غير بدعي وأنه لا تسمع المطالبة ، وأقرب ما يمكن فرضه فيه ما إذا تقدمت المطالبة في زمن النقاء ولم يف مع تمكنه حتىٰ طرأ الحيض . . فإنه لا تبعد مطالبته بالطلاق حينئذ .

قال في « البسيط » : والعجب أن الحيض يمنع المطالبة ولا يقطع المدة .

قال : (**وإن كان به مانع طبعي كمرض . . طولب بأن يقول : إذا قدرت . . فئت**) ؛ لأن به يندفع الأداء الذي حصل باللسان ، وليس المراد المطالبة بذلك عيناً ، بل به أو الطلاق ، وزاد الشيخ أبو حامد عليه : وندمت علىٰ ما فعلت ، وجرىٰ علىٰ ذلك كثير من العراقيين والمراوزة ، والظاهر أن مرادهم التأكيد والاستحباب كما صرح به القاضي أبو الطيب ، واعتبر في « التنبيه » أن يقول : لو قدرت . . لفئت .

قال ابن الرفعة : ولم أر لغيره إلا فيما لا يرجىٰ وطؤه كالمجبوب ، وهـٰذه تسمىٰ فيئة اللسان ، فإن حبس ظلماً . . فهو كالمريض ، وإن حبس في دين يقدر علىٰ أدائه . . أمر بالأداء أو الفيئة بالوطء أو الطلاق .

قال : (**أو شرعي كإحرام . . فالمذهب : أنه يطالب بطلاق**) إزالة للضرر ، بناء علىٰ أنه إذا أراد الوطء والحالة هـٰذه . . كان لها الامتناع ، وهو الأصح كما تقدم .

فَإِنْ عَصَىٰ بِوَطْءٍ.. سَقَطَتِ ٱلْمُطَالَبَةُ. وَإِنْ أَبَى ٱلْفَيْئَةَ وَٱلطَّلَاقَ.. فَٱلأَظْهَرُ: أَنَّ ٱلْقَاضِيَ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ طَلْقَةً، ....

وقيل: يقنع منه بفيئة اللسان.

والطريق الثاني: يقال له: أنت المفرط بالإيلاء، فإن فئت.. عصيت وأفسدت عبادتك، وإن طلقت.. ذهبت زوجتك، وإن أبيت.. طلقنا عليك.

وشبه ذلك بما إذا غصب لؤلؤة ودجاجة فابتلعت الدجاجة اللؤلؤة.. يقال له: إن لم تذبح الدجاجة.. غرمناك اللؤلؤة، فإن ذبحتها.. غرمت الدجاجة.

والمراد بغرم الدجاجة: أنه يلزمه رد لحمها مع أرش النقص، ولا يلزمه مثل الحيوان ولا قيمته.

ثم محل الخلاف في الصوم إذا لم يستمهل، فإن استمهل إلى الليل وأبدى الضرر.. أمهل، وكذا لو كان يتحلل عن إحرامه في ثلاثة أيام ورأينا إمهاله ذلك، صرح به الإمام في الثانية.

قال: (**فإن عصىٰ بوطء**) أي: بالوطء في الدبر (**.. سقطت المطالبة**)؛ لانحلال اليمين.

وفهم من تصريحه بالعصيان أنها ليس لها تمكينه، وهو كذلك؛ لأنها معاونة علىٰ معصية كما تقدم قريباً، فعلىٰ هـٰذا: يؤمر بالطلاق ليس إلا كما صححه المصنف إزالة للضرر عنها، وقيل: يقنع منه بفيئة اللسان، وعلى الوجهين: إذا وطىء.. فقد وفاها حقها وإن كان حراماً.

قال: (**وإن أبى الفيئة والطلاق.. فالأظهر: أن القاضي يطلق عليه طلقة**) بسؤالها أو سؤال وكيلها؛ لأنه حق لمعين تدخله النيابة فناب الحاكم فيه عن الممتنع، كما يزوج عن العاضل ويستوفي الحق من المماطل وكان وكيله طلقها؛ لأن الطلاق يقبل النيابة، بخلاف الوطء، وإنما يطلق عليه إذا امتنع بحضرته من الفيئة والطلاق، ولا يشترط بعد ذلك حضوره وقت الطلاق.

ولو شهد عليه شاهدان أنه آلىٰ من زوجته وامتنع بعد مضي المدة من الفيئة والطلاق.. لم يطلق عليه، بل لا بد من الامتناع بين يديه كما في العضل، فإن تعذر

إحضاره لتمرد أو توار . . حكم عليه بالعضل .

والقول الثاني : لا يطلق عليه ؛ لأن الطلاق لمن أخذ بالساق ، بل يلجئه بالحبس والتعزير إلىٰ أن يفيء أو يطلق ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ فأضافه إلى الأزواج .

وفهم من قوله : (طلقة) أنه لو زاد عليها . . لم تقع الزيادة ، وإنما لم يقيدها بالرجعية ليشمل ما لو لم يمكنه ذلك كما إذا كانت قبل الدخول ، أو مستكملة لعدد الطلاق .

واحترز بقوله : (أبى الفيئة والطلاق) عما إذا أبى الفيئة وحدها . . فإنه يأمره بالطلاق .

وكيفية طلاقه أن يقول : أوقعت علىٰ فلانة من فلان طلقة ، أو حكمت عليه في زوجته بطلقة ، فإن قال : أنت طالق ، ولم يقل عن فلان . . لم يقع .

وكيفية الدعوىٰ عند القاضي : أن يدعىٰ عليه الإيلاء ، وأن مدته قد انقضت من غير وطء ، ويطلب منه دفع الضرر بالخروج عن موجب الفيئة أو الطلاق .

قال : (**وأنه لا يمهل ثلاثة**) ؛ لأن المدة التي أمهله الله تعالىٰ لا يزاد عليها إلا بقدر التمكن في العادة ، فالصائم حتىٰ يفطر ، والجائع حتىٰ يشبع ، والناعس حتىٰ ينام وذلك يحصل بيوم فما دونه .

وقيل : يمهل ثلاثة ؛ لأنها مدة قريبة ، وعلىٰ هـٰذا : فظاهر كلام الشافعي والأصحاب أن إنظاره واجب .

وحكى الماوردي في ذلك وجهين : أظهرهما : أنه مستحب ، وفي وجه ثالث : لا يمهل أصلاً كما لا يمهل في الفيئة باللسان بالاتفاق ؛ لقدرته عليها في الحال .

وفائدة الإمهال : أنه إذا طلق القاضي في مدته . . لم يقع ، ويخالف ما إذا أمهل المرتد فقتله القاضي أو غيره . . فإنه يكون هدراً ؛ لأنه لا عصمة له ، والقتل الواقع لا مدفع له ، وأما الطلاق . . فهو قابل للرد .

وَأَنَّهُ لَوْ وَطِىءَ بَعْدَ مُطَالَبَةٍ . . لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ . . . .

قال : (**وأنه لو وطىء بعد مطالبة . . لزمه كفارة يمين**) أي : إذا كان حلف بالله تعالىٰ لحنثه ، وبهٰذا قال الأئمة الثلاثة .

والثاني : لا يلزمه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ فأوجب ذلك سقوط حكم الدنيا كما سقط حكمها في المحارب إذا تاب قبل القدرة .

ووقع في « الشرح الكبير » ترجيح هٰذا ، وكأنه سهو من الناسخ ؛ لتصريحه في « الصغير » بخلافه ، ولذلك أصلحه في « الروضة » .

وأفهم قوله : (بعد المطالبة) أنه لو وطىء بعد المدة بدون مطالبة . . لا يكون كذلك ، ولم يتعرض له في « الروضة » .

وفي «الكفاية» عن القاضي : أنه مرتب علىٰ ما بعد الطلب ، وأولىٰ بعدم السقوط .

تتمة :

قالت المرأة بعد انقضاء المدة : أصابني ، وقال : ما أصبتها . . فليس لهٰذا الاختلاف معنىً ؛ لأن المطالبة حقها ، فلو أنها رجعت بعد ذلك وقالت : لم يصبني . . لم يسمع قولها ؛ لأنها أقرت بوصولها إلىٰ حقها ، كمن أقر باستيفاء حقه من إنسان ثم قال : ما استوفيته . . لم يقبل منه ذلك ، كذا نقله الشيخان عن المتولي وأقراه .

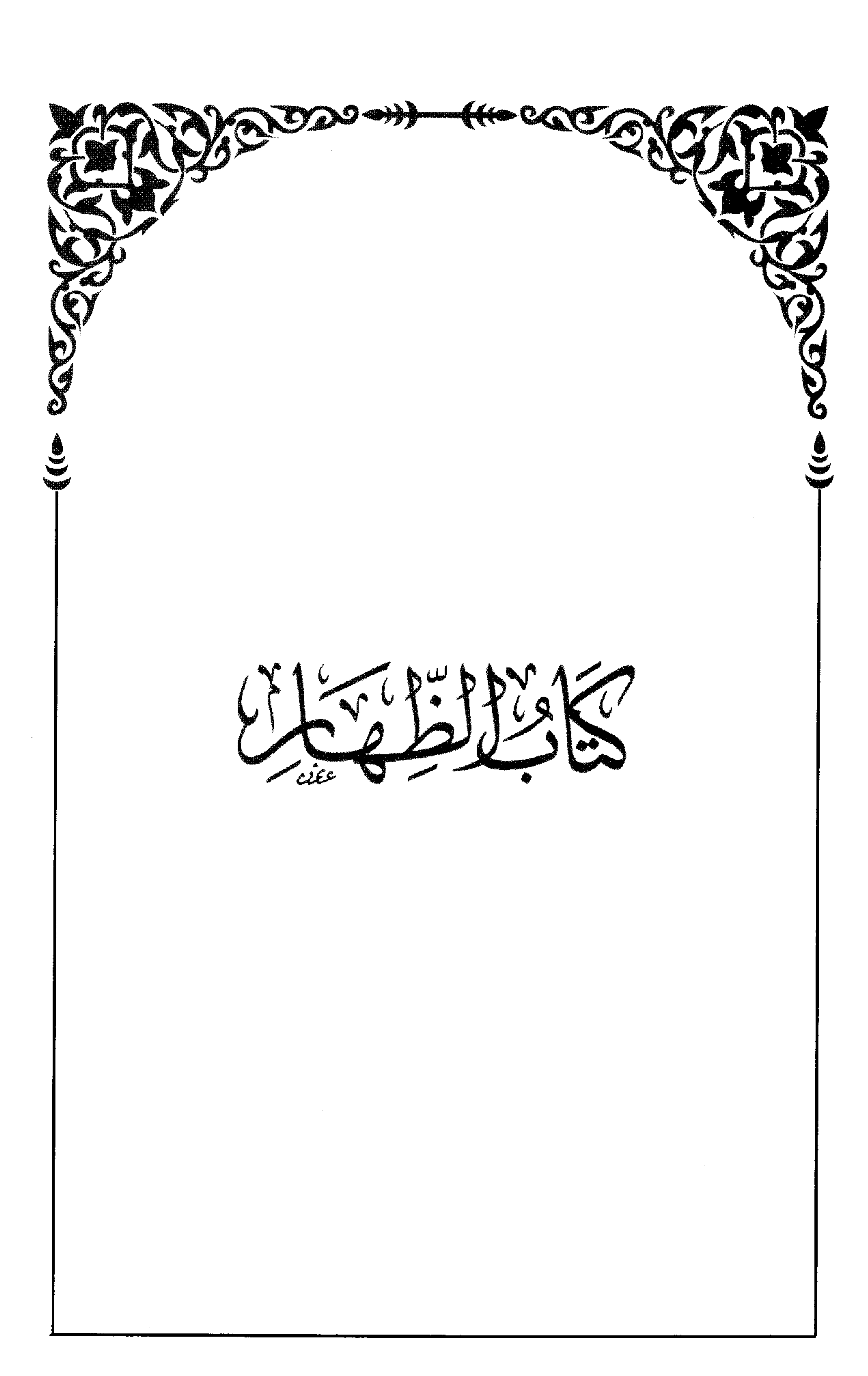
* * *

خاتمة

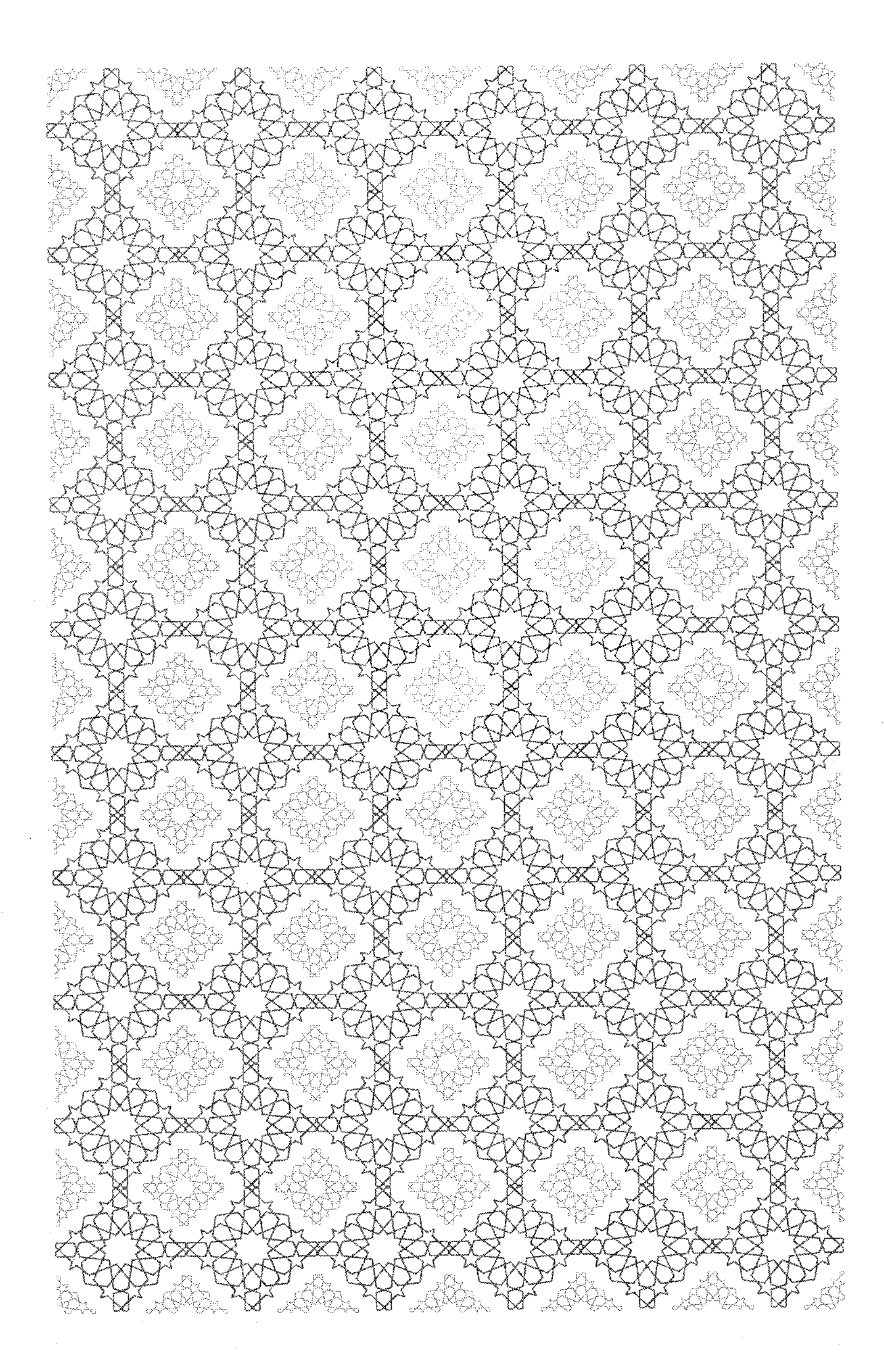
طلق الحاكم على المولىٰ ، ثم تبين أنه وطىء بعد ذلك . . نتبين أن الطلاق لم يقع ، وكذلك لو ثبت أنه طلق قبل طلاق الحاكم . . لم يقع طلاق الحاكم ، ولو وقع طلاق الزوج والحاكم معاً . . نفذ الطلاقان ؛ لأن كل واحد فعل ما له فعله .

وقيل : لا يقع تطليق القاضي ، فإن قيل : إذا باع الحاكم مال الغائب ، وباعه الغائب في ذلك الوقت لآخر . . قدم بيع المالك ، فهلا كان هٰهنا كذلك؟ فالجواب : أن تصحيح البيعين لا يمكن ، ورجحنا بيع المالك ؛ لأنه الأصل ، والقاضي نائبه ، ووقوع طلاقهما ممكن فأوقعناهما .

* * *



كتاب الظهار



كِتَابُ ٱلظِّهَارِ

. . . .

كتاب الظهار

لفظه مشتق من الظهر ، وسمي ظهاراً لتشبيه الزوجة بظهر الأم ، وخص الظهر لأن المركوب يسمىٰ ظهراً ؛ لحصول الركوب عليه ، وقيل : هو من العلو ، قال تعالىٰ : ﴿ فَمَا ٱسْطَـٰعُوٓاْ أَن يَظْهَرُوهُ ﴾ أي : يعلوه .

وكان طلاقاً في الجاهلية ، وقيل : كان أحدهم إذا كره امرأة ولم يرد أن تتزوج بغيره آلىٰ منها أو ظاهر ، فتبقىٰ لا ذات زوج ولا خلية تنكح غيره ، فنقل الشارع حكمه إلىٰ تحريمها بعد العود ووجوب الكفارة ، وأبقىٰ محله وهو الزوجية .

وهو حرام كبيرة اتفاقاً ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ويخالف قوله : أنت علي حرام ؛ فإنه مكروه وإن كان إخباراً بما لم يكن ، لأن في الظهار الكفارة العظمىٰ وهي إنما تجب في المحرم كالقتل والفطر في رمضان ، وفي لفظ التحريم كفارة يمين ، واليمين والحنث ليسا بمحرمين .

والأصل في الباب : أول سورة (المجادلة) ، وسببها : أن أوس بن الصامت ظاهر من زوجته خولة بنت ثعلبة ـ على اختلاف في اسمها ونسبها ـ فاشتكت إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : « حرمت عليه » فقالت : انظر في أمري ؛ فإني لا أصبر عنه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « حرمت عليه » وكررت وهو يقول : « حرمت عليه » فلما أيست . . اشتكت إلى الله تعالىٰ ، فأنزل الله تعالى الآيات رواه أبو داوود [٢٢٠٩] وابن ماجه [٢٠٦٣] وابن حبان [٤٢٧٩] .

وروي أنه صلى الله عليه وسلم قال لها : « مريه أن يعتق رقبة » فقالت : أي رقبة! والله لا نجد رقبة وما له خادم غيري ، فقال : « مريه فليصم شهرين متتابعين » فقالت : والله يا رسول الله ؛ ما يقدر علىٰ ذلك ، إنه ليشرب في اليوم كذا وكذا مرة ، قال : « فمريه أن يطعم ستين مسكيناً » فقالت : أنىٰ له ذلك . .

يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ وَلَوْ ذِمِّيٌّ وَخَصِيٌّ . وَظِهَارُ سَكْرَان كَطَلَاقِهِ . . . . .

وسورة (المجادلة) في كل آية منها اسم الله مرة أو مرتين أو ثلاثاً ، وليس في القرآن سورة تشابهها في ذلك وهي نصف القرآن عدداً ، وعشره باعتبار الأجزاء .

قال : (**يصح من كل زوج**) ؛ لأن الله تعالىٰ أناط حكمه بالنساء ، ومطلقه ينصرف إلى الزوجات فلا يصح من الأمة وأم الولد ، خلافاً لمالك ، ولا من الأجنبية ، سواء أطلقه أو علقه بالنكاح ، خلافاً لأبي حنيفة ومالك ، ولا يصح من الزوجة ، فلو قالت لزوجها : أنت علي كظهر أمي وأنا عليك كظهر أمك . . لم يكن شيئاً .

قال : (**مكلف**) فلا يصح من الصبي والمجنون والنائم والمغمىٰ عليه ومن زال عقله بسبب يعذر فيه ، وكان ينبغي أن يزيد : مختاراً .

قال : (**ولو ذمي**) ؛ لعموم الآية ، وإنما صرح به مع دخوله فيما سبق لخلاف أبي حنيفة ومالك ؛ فإنهما قالا : لا يصح ظهاره ، واحتج الأصحاب بأنه زوج يصح طلاقه فصح ظهاره كالمسلم ، ويتصور منه الإعتاق عن الكفارة بأن يرث عبداً مسلماً ، أو يسلم عبده ، أو يقول لمسلم : أعتق عبدك المسلم عن كفارتي إن جوزناه ، وإلا . . فما دام كافراً لا يباح له الوطء ، وكذا الصوم ؛ لقدرته علىٰ إزالة المانع .

والحربي في ذلك كالذمي ، فلو عبر بـ(كافر) كان أعم .

وكان الأحسن أن ينصب (الذمي) وما بعده علىٰ حذف كان واسمها كقوله : « ولو خاتماً من حديد » لـٰكن المصنف يستعمل ذلك كثيراً بالرفع كما تقدم التنبيه عليه في شروط الصلاة .

قال : (**وخصي**) ومثله المجبوب والعنين وغيرهم كالطلاق ، ولا يجيء هنا الخلاف المذكور في (الإيلاء) ؛ لأن الإيلاء يختص بالجماع فلا ينعقد عند تعذره .

والظهار يحرم جملة الاستمتاعات ، وبعض الاستمتاعات موجود مع وجود هـٰذه العوارض فأثر فيه الظهار .

وزاد في « المحرر » : وعبد ؛ لأجل خلاف مالك فيه أيضاً ، وعلله بأنه لا يتأتىٰ منه الإعتاق ، ونحن نقول : إنه عاجز فيعدل إلى الصوم .

قال : (**وظهار سكران كطلاقه**) فيأتي فيه الخلاف المتقدم في بابه .

وَصَرِيحُهُ أَنْ يَقُولَ لِزَوْجَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ أَوْ مِنِّي أَوْ مَعِي أَوْ عِنْدِي كَظَهْرِ أُمِّي ، وَكَذَا : أَنْتِ كَظَهْرِ أُمِّي . . صَرِيحٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَقَوْلُهُ : جِسْمُكِ أَوْ بَدَنُكِ أَوْ نَفْسُكِ كَبَدَنِ أُمِّي أَوْ جِسْمِهَا أَوْ جُمْلَتِهَا صَرِيحٌ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ قَوْلَهُ : كَيَدِهَا أَوْ بَطْنِهَا أَوْ صَدْرِهَا . . ظِهَارٌ ، . . . .

قال : (**وصريحه أن يقول لزوجته :**) أي : التي يقع الطلاق عليها (**أنت علي أو مني أو معي أو عندي كظهر أمي**) أما (أنت علي). . فلأن أوس بن الصامت ظاهر بها ، وحكى ابن المنذر الإجماع علىٰ صراحتها ، وأما (أنت مني) و(معي). . ففي معناها ، وتغاير الصلات لا يضر ؛ لتقارب معانيها ، وكذلك : أنت عندي أو لي كظهر أمي .

قال : (**وكذا : أنت كظهر أمي . . صريح على الصحيح**) ولا يضر ترك الصلة كما أن قوله : (أنت طالق) صريح وإن لم يقل مني .

والثاني : أنه كناية ؛ لاحتمال أن يريد أنها علىٰ غيره كظهر أمه ، ولو أتىٰ بصريح وقال : أردت غيره . . لم يقبل ، وفيه وجه ؛ لأنه حق الله تعالىٰ .

قال : (**وقوله : جسمك أو بدنك أو نفسك كبدن أمي أو جسمها أو جملتها صريح**) ؛ لاشتمالها على الظهر ، وكذا لو قال لها : جملتك وذاتك كظهر أمي ، وكذا لو قال : كرجل أمي ، ومثله الفرج والشعر ، وقطع به بعضهم في الفرج وبعضهم في الجميع .

قال : (**والأظهر : أن قوله : كيدها أو بطنها أو صدرها . . ظهار**) ؛ لأنه عضو يحرم التلذذ به فكان كالظهر .

والثاني ـ وهو القديم ـ : المنع ؛ لأنه ليس علىٰ صورة الظهار المعهود .

قال الرافعي : والخلاف شبيه بالخلاف في أن الإيلاء هل يختص باليمين بالله تعالىٰ؟ فعلى الجديد : لا يختص ؛ اتباعاً للمعنىٰ ، وعلى القديم يختص ؛ اتباعاً للمعهود .

وقال أبو حنيفة : إن شبهها بعضو يحرم النظر إليه كالفرج والفخذ . . كان ظهاراً ، وإلا . . فلا .

وَكَذَا كَعَيْنِهَا إِنْ قَصَدَ ظِهَاراً ، وَإِنْ قَصَدَ كَرَامَةً . . فَلاَ ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي ٱلأَصَحِّ . وقَوْلُهُ : رَأْسُكِ أَوْ ظَهْرُكِ أَوْ يَدُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ظِهَارٌ فِي ٱلأَظْهَرِ . . .

قال : (**وكذا كعينها إن قصد ظهاراً**) ؛ لأنه كالصدر والبطن .

قال : (**وإن قصد كرامة . . فلا**) ؛ لأن هـٰذا اللفظ يستعمل في الكرامة والإعزاز ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**وكذا إن أطلق في الأصح**) ؛ لاحتمال الكرامة .

والثاني ـ واختاره القاضي والبغوي ، وقوة كلام « الشرح الصغير » تقتضي ـ : أنه ظهار ؛ لأن اللفظ صريح في التشبيه ببعض أعضاء الأم .

وحقيقة نية الظهار لم يتعرض لها الشيخان هنا ، ونقلا عن « الشامل » في (كتاب الطلاق) : أن ينوي أنها كظهر أمه في التحريم .

قال : (**وقوله : رأسك أو ظهرك أو يدك علي كظهر أمي ظهار في الأظهر**) بالقياس على الطلاق .

والثاني : لا يصح ؛ لأنه مخالف لظهار الجاهلية ، وهو قديم .

وقال المتولي وغيره : إنه مخرج ، فحينئذ لا يحسن التعبير عنه بالأظهر وإن كان فيه جناس لفظي .

وكان ينبغي أن يمثل أيضاً بالجزء الشائع كالنصف والثلث ؛ ليعلم أنه لا فرق بينه وبين المعين ، وإنما خص هـٰذه الأعضاء بالذكر لينبه علىٰ أن الأعضاء الباطنة كالكبد والقلب لا يكون بذكرها مظاهراً ، وهو كذلك في « الرونق » و« اللباب » .

قاعدة :

قال القمولي وابن المرحل وغيرهما : لا يزيد البعض على الكل إلا في مسألة واحدة في هـٰذا الباب ، وهي قوله : أنت كأمي ؛ فإنه لا يكون ظهاراً ، وإن قال : كظهرها . . كان ظهاراً .

قلت : قد يكون البعض أزيد من الكل في مسائل :

وَٱلتَّشْبِيهُ بِٱلْجَدَّةِ ظِهَارٌ . وَٱلْمَذْهَبُ : طَرْدُهُ فِي كُلِّ مَحْرَمٍ لَمْ يَطْرَأْ تَحْرِيمُهَا ، لاَ مُرْضِعَةٍ وَزَوْجَةِ ٱبْنٍ . وَلَوْ شَبَّهَ بِأَجْنَبِيَّةٍ ومُطَلَّقَةٍ وَأُخْتِ زَوْجَةٍ وَبِأَبٍ وَمُلاَعَنَةٍ . . فَلَغْوٌ . . . .

منها : الروشن إذا سقط كله . . فيه نصف الضمان ، وفي بعضه . . كله كما سيأتي في (الجنايات) .

ومنها : الإنسان فيه ديات كثيرة ، وفي جميعه دية واحدة .

ومنها : من له جدار في درب غير نافذ . . له رفع جميع الجدار ، وليس له أن يفتح فيه باباً .

ومنها : على القديم المرأة تعاقل الرجل إلىٰ ثلث ديته ، ثم إن زادت . . صارت على النصف ، ففي أصبعين : عشرون ، وفي ثلاثة : ثلاثون ، وفي أربع : عشرون .

قال : (**والتشبيه بالجدة**) أي : من الجهتين وإن بعدت (**ظهار**) ؛ لأن لها ولادة ، وتشارك الأم في العتق وسقوط القصاص ووجوب النفقة ، وقيل : على الخلاف في الأخت ، والخلاف فيها كالخلاف في أن الجد هل له ولاية الإجبار على النكاح؟ وهل له الرجوع فيما وهب لولد ولده؟

قال : (**والمذهب : طرده**) أي : طرد هـٰذا الحكم (**في كل محرم لم يطرأ تحريمها**) كالأخت والخالة والعمة ؛ لأنه شبهها بمحرمة القرابة أبداً فأشبهت الأم .

والثاني : المنع ؛ للعدول عن المعهود في الجاهلية .

قال : (**لا مرضعة وزوجة ابن**) ؛ فإن التشبيه بهما ليس ظهاراً بلا خلاف ؛ لأنهما دون الأم في التحريم لاحتمال إرادة الحالة التي كانت حلالاً له فيها ، والأصح : أن الحكم في سائر المحارم كذلك ، إلا أن تكون المرأة حلالاً ثم تصير محرماً كالمرضعة وابنتها المولودة قبل أن ترضع ، ويتحرر من الخلاف في المسألة سبعة أقوال أو أوجه : أصحها : ما ذكره المصنف .

وعند مالك وأحمد : التشبيه بجميعهن ظهار .

قال : (**ولو شبه بأجنبية ومطلقة وأخت زوجة وبأب وملاعنة . . فلغو**) أما ما عدا الأب والملاعنة . . فلأنهن لا يشبهن الأم ، وأما الأب ومثله الابن والغلام ونحوه . .

وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ : إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْ زَوْجَتِي ٱلْأُخْرَىٰ . . فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَظَاهَرَ . . صَارَ مُظَاهِراً مِنْهُمَا . وَلَوْ قَالَ : إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْ فُلَانَةَ وَفُلَانَةُ أَجْنَبِيَّةٌ ، فَخَاطَبَهَا بِظِهَارٍ . . لَمْ يَصِرْ مُظَاهِراً مِنْ زَوْجَتِهِ إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ ٱللَّفْظَ ، فَلَوْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ مِنْهَا . . صَارَ مُظَاهِراً . . . .

فإنه ليس محلاً للاستحلال ، وأما الملاعنة . . فليس تحريمها لحرمتها ، وكذا لو شبهها بمجوسية أو مرتدة أو بأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولو قال : أنت علي كظهر أبي وأمي . . كان ظهاراً .

وعبارة المصنف أنكرها ابن عصفور على الفقهاء فقال : إن تعدية شبه بـ(الباء) لحن لا يوجد في كلام من يوثق بعربيته ، وإنما المسموع تعديته بنفسه ، ورد عليه ابن مالك بقول عائشة : شبهونا بالحمير والكلاب ، ونص علىٰ جوازه صاحبا « المحكم » و« العباب » وغيرهما .

قال : (**ويصح تعليقه كقوله : إن ظاهرت من زوجتي الأخرىٰ . . فأنت علي كظهر أمي ، فظاهر . . صار مظاهراً منهما**) ؛ لأنه كان طلاقاً ، والطلاق يصح تعليقه على الشروط ، ولأنه يشبه الطلاق من حيث إنه يتعلق به التحريم ويشبه اليمين من حيث تعلق الكفارة ، ومن هـٰذا التشبيه اختلفوا : هل نسلك به مسلك الطلاق أو مسلك اليمين؟ وتظهر فائدة ذلك فيما إذا ظاهر من زوجته ثم قال : أشركتك معها ونوى الظهار ، فإن غلبنا الطلاق . . كان مظاهراً ، وإن غلبنا اليمين . . فلا ، لـٰكنهم صححوا هنا أن المغلب شائبة الطلاق ، وفي الظهار المؤقت شائبة الأيمان حيث صححوا تأقيته ، فيحتاج إلى الفرق .

قال : (**ولو قال : إن ظاهرت من فلانة وفلانة أجنبية ، فخاطبها بظهار . . لم يصر مظاهراً من زوجته**) ؛ لعدم صحة الظهار من الأجنبية .

وقوله : (وفلانة أجنبية) إخبار عن الواقع ، لا أنه من تتمة كلام المظاهر .

قال : (**إلا أن يريد اللفظ**) أي : يريد التعليق على الإتيان بهـٰذا اللفظ ، فيصير مظاهراً من زوجته بلا خلاف ؛ لوجود الصفة .

قال : (**فلو نكحها وظاهر منها . . صار مظاهراً**) من زوجته الأخرىٰ ؛ لتحقق الشرط .

وَلَوْ قَالَ : مِنْ فُلاَنَةَ ٱلأَجْنَبِيَّةِ . . فَكَذَلِكَ ، وَقِيلَ : لاَ يَصِيرُ مُظَاهِراً وَإِنْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ . وَلَوْ قَالَ : إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ . . فَلَغْوٌ . وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَلَمْ يَنْوِ ، أَوْ نَوَى ٱلطَّلاَقَ ، أَوِ ٱلظِّهَارَ ، أَوْ هُمَا ، أَوِ ٱلظِّهَارَ بِأَنْتِ طَالِقٌ ، وَٱلطَّلاَقَ بِكَظَهْرِ أُمِّي . . طَلَقَتْ وَلاَ ظِهَارَ ، أَوِ ٱلطَّلاَقَ بِأَنْتِ طَالِقٌ ، وَٱلظِّهَارَ بِٱلْبَاقِي . . طَلُقَتْ . . . .

قال : (**ولو قال : من فلانة الأجنبية . . فكذلك**) أي : إذا خاطبها بظهار . . لم يصر مظاهراً من الزوجة ، وإن نكحها وظاهر منها . . صار .

ويحمل قوله : (الأجنبية) على التعريف لا الشرط .

قال : (**وقيل : لا يصير مظاهراً وإن نكحها وظاهر**) ؛ لأنها إذا نكحت خرجت عن كونها أجنبية .

قال : (**ولو قال : إن ظاهرت منها وهي أجنبية . . فلغو**) ؛ لأنه شرط الظهار في حال كونها أجنبية ، وما دامت بتلك الصفة . . لا يصح منها الظهار ، فقوله في هـٰذه الصورة : (وهي أجنبية) من تتمة كلام المظاهر .

قال : (**ولو قال : أنت طالق كظهر أمي ولم ينو ، أو نوى الطلاق ، أو الظهار ، أو هما ، أو الظهار بأنت طالق ، والطلاق بكظهر أمي . . طلقت ولا ظهار**) أما الأولىٰ . . فوجه وقوع الطلاق فيها إثباته بلفظ الصريح .

وأما الثانية ـ وهي ما إذا نوى الطلاق بكلامه ـ فوجه وقوع الطلاق فيها ظاهر .

وأما الثالثة ـ وهي ما إذا قصد بالجميع الظهار ـ فحصول الطلاق لوجود لفظ الصريح .

وأما الرابعة . . فلأنه لم ينو به الظهار ، وإنما نواه بالمجموع .

وأما الخامسة ـ وهي ما إذا نوى الظهار بـ(أنت طالق) و(الطلاق) بـ(كظهر أمي) ـ فلأن (كظهر أمي) خرج عن الصراحة بذلك .

قال : (**أو الطلاق بأنت طالق ، والظهار بالباقي . . طلقت**) ؛ لوجود اللفظ الصريح .

وَحَصَلَ ٱلظِّهَارُ إِنْ كَانَ طَلَاقَ رَجْعَةٍ .

فَصْلٌ :

عَلَى ٱلْمُظَاهِرِ كَفَّارَةٌ إِذَا عَادَ ....

قال : (**وحصل الظهار إن كان طلاق رجعة**) ؛ لأن الظهار يصح مع الرجعي وقد أتىٰ به مع النية .

وفي وجه ضعيف : أنه لا ظهار كالبائن .

بقي ما لو أراد عكس الأخيرة وهي الظهار بأنت طالق والطلاق بالباقي.. فإنها تطلق

تتمة :

قال : أنت علي كظهر أمي حرام.. كان مظاهراً ، نص عليه .

قال المتولي : ثم إن لم ينو بقوله : (أنت علي حرام) شيئاً.. كان توكيداً للظهار ، وكذا إن نوىٰ تحريم عينها ، ومقتضى التحريم وهو الكفارة الصغرىٰ يدخل في مقتضى الظهار وهو الكبرىٰ ، وإن نوىٰ بالحرام الطلاق.. فقد عقب الظهار بالطلاق فلا يكون عائداً .

قال : (**فصل** :

على المظاهر كفارة إذا عاد) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ .

وهل سبب الوجوب العود فقط ؛ لأنه الجزء الأخير ، أو الظهار ؛ لأنه المنكر والزور والعود شرط له ، أو وجب بمجموع الأمرين؟ فيه أوجه لم يرجح الشيخان منها شيئاً .

والثالث : هو الموافق لترجيحهم أن كفارة اليمين تجب بالحلف والحنث جميعاً ، وينبني علىٰ ذلك جواز تقديمها على الظهار أو العود .

وحاصل المذهب : جواز تقديمها على العود دون الظهار .

ـ وَهُوَ أَنْ يُمْسِكَهَا بَعْدَ ظِهَارِهِ زَمَنَ إِمْكَانِ فُرْقَةٍ ـ فَلَوِ ٱتَّصَلَتْ بِهِ فُرْقَةٌ بِمَوْتٍ أَوْ فَسْخٍ أَوْ طَلاَقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ وَلَمْ يُرَاجِعْ أَوْ جُنَّ . . فَلاَ عَوْدَ ، . . . .

وعن ابن أبي هريرة : أنها تجب بثلاثة أسباب : عقد النكاح والظهار والعود ، فلا يجوز تقديمها على الظهار .

وظاهر نص الشافعي ـ وبه جزم الرافعي في الكفارة ـ : أنها على التراخي ما لم يطأ ، وبعد الوطء فيها الخلاف في قضاء الفائتة بغير عذر .

قال : (**وهو**) أي : العود (**أن يمسكها بعد ظهاره زمن إمكان فرقة**) ؛ لأن تشبيهها بالأم يقتضي أن لا يمسكها زوجة ، فإذا أمسكها زوجة . . فقد عاد فيما قال ؛ لأن العود للقول مخالفته ، يقال : قال قولاً ثم عاد له ؛ أي : خالفه ونقضه ، هـٰذا هو الجديد .

وعن القديم قولان :

أحدهما : أنه العزم على الوطء ؛ لأن كلمة (ثم) للتراخي ، وبهـٰذا قال مالك وأحمد .

الثاني : أنه الوطء ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال داوود : هو تكرر اللفظ .

لنا : أنه صلى الله عليه وسلم لما أمر أوس بن الصامت بالكفارة . . لم يسأله هل جامع أو عزم عليه أو أعاد مثل ما قال أولاً ، الأصل عدم ذلك ، ولأن الله تعالىٰ أوجب الكفارة قبل المسيس ، فدل علىٰ أن العود سابق عليه .

كل هـٰذا في الظهار المؤبد والمطلق ، أما المؤقت . . فالعود فيه بالوطء في المدة لا بالإمساك على الصحيح كما سيأتي .

قال : (**فلو اتصلت به فرقة بموت**) أي : موته أو موتها (**أو فسخ**) أي : بسببه أو سببها منه أو منها (**أو طلاق بائن أو رجعي ولم يراجع أو جن**) أي : الزوج (. . **فلا عود**) أي : ولا كفارة ؛ إذ لم يوجد العود الذي هو سبب الوجوب أو شرطه ، وصور في « الوسيط » الطلاق بقوله : أنت علي كظهر أمي أنت طالق .

وَكَذَا لَوْ مَلَكَهَا أَوْ لاَعَنَهَا فِي ٱلأَصَحِّ بِشَرْطِ سَبْقِ ٱلْقَذْفِ ظِهَارَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ رَاجَعَ ، أَوِ ٱرْتَدَّ مُتَّصِلاً ثُمَّ أَسْلَمَ . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ عَائِدٌ بِٱلرَّجْعَةِ ، لاَ ٱلإِسْلاَمِ ، بَلْ بَعْدَهُ . . . .

قال ابن الرفعة : ولم أره لغيره ، وينبغي أن يكون عائداً بقوله : أنت ؛ لإمكان أن يقول : كظهر أمي طالق .

قال : (**وكذا لو ملكها أو لاعنها في الأصح**) المراد : إذا اشترىٰ زوجته على الاتصال . . لا يصير بذلك عائداً على الأصح ؛ لأنه لم يمسكها على النكاح .

والثاني : يكون عائداً ؛ لأنه نقلها من حل إلىٰ حل فكان إمساكاً لها ، فلا يطؤها حتىٰ يكفر ، فلو اشتغل بأسباب الشراء كالمساومة وتقرير الثمن . . فهو عائد على الأصح ، وأما إذا لاعنها عقب الظهار . . فوجه كونه ليس عائداً[1] بذلك : أن كلمات الشهادات كلها موقعة للفراق ، وإنما طال الكلام كما لو قال : يا فلانة بنت فلان بن فلان أنت طالق ، ويقابل الأصح في اللعان أنه يصير عائداً ؛ لتوقف الفرقة علىٰ ذلك .

قال : (**بشرط سبق القذف ظهاره في الأصح**) فلو قدم الظهار ثم قذف ثم لاعن . . فالأكثرون علىٰ أنه عائد ؛ لأن الكلمات بمجموعها موضوعة للفرقة ، وإذا اشتغل بما يوجب الفراق . . لم يفترق الحال بين أن يطول أو يقصر .

وشرط الإمام وصاحب « التهذيب » علىٰ هـٰذا سبقَ المرافعة إلى الحاكم أيضاً ، وجزم به في « الروضة » و« الشرح الصغير » .

والثاني : لا يشترط سبق القذف ، فلو قذف عقب الظهار واشتغل بالمرافعة وأسباب اللعان . . فلا عود ؛ لأن الاشتغال به شروع في أسباب الفرقة .

قال : (**ولو راجع ، أو ارتد متصلاً ثم أسلم . . فالمذهب : أنه عائد بالرجعة ، لا الإسلام ، بل بعده**) أشار إلىٰ مسألتين :

إحداهما : إذا طلقها رجعياً عقب الظهار أو تظاهر من رجعية ثم راجعها . . ففي كونه عائداً قولان :

---

(١) في النسخ : (كونه عائداً) ، والتصويب من هامش (ز) .

وَلاَ تَسْقُطُ ٱلْكَفَّارَةُ بَعْدَ ٱلْعَوْدِ بِفُرْقَةٍ . وَيَحْرُمُ قَبْلَ ٱلتَّكْفِيرِ وَطْءٌ ، وَكَذَا لَمْسٌ وَنَحْوُهُ بِشَهْوَةٍ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

أظهرهما : نعم ؛ لأن العود الإمساك ، والرجعة إمساك .

والثاني : لا حتىٰ يمسكها بعد الرجعة زماناً تمكن فيه المفارقة ؛ لأن العود هو الإمساك على النكاح فيستدعي تقدمه .

والطريقة الثانية : عود قطعاً .

المسألة الثانية : ظاهر وارتد على الاتصال ثم أسلم . . فهل يكون عائداً بالإسلام ، أو لا بد من مضي زمن بعده يسع الفرقة؟ وجهان مرتبان على الرجعة ، وأولىٰ بعدم العود ؛ لأن المقصود من الرجعة الاستباحة ، والإسلام لا يقصد إلا للرجوع إلى الحق .

قال : (**ولا تسقط الكفارة بعد العود بفرقة**) ؛ لاستقرار ذلك كالدين لا يسقط بعد ثبوته ، وشمل كلامه فرقة الطلاق وموت أحدهما وفسخ النكاح .

قال : (**ويحرم قبل التكفير وطء**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ ، وقال : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ ﴾ ، ولم يتعرض له في الإطعام ؛ فيحمل المطلق على المقيد .

وحسن الترمذي [١١٩٩] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن ظاهر : « لا تقربها حتىٰ تكفر » .

هـٰذا في الظهار المطلق ، أما المقيد . . فيحرم الوطء فيه إلىٰ أن يكفر أو تنقضي المدة ، فإذا انقضت . . حل ؛ لارتفاع الظهار وبقيت الكفارة في ذمته ، وسواء فيه الوطأة الأولىٰ وما بعدها ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قال لمن ظاهر ثم وطىء : « لا تقربها حتىٰ تكفر » وقال له : « ما حملك علىٰ ذلك؟ » قال : رأيت خلخالها في القمر ، رواه أبو داوود [٢٢١٦] والترمذي [١١٩٩] وابن ماجه [٢٠٦٥] .

قال الروياني : وإخراج الكفارة بعد الوطء قضاء وقبله أداء ، كالصلاة في وقتها وبعده .

قال : (**وكذا لمس ونحوه بشهوة في الأظهر**) تغليظاً عليه ؛ لأنها قد تدعو إلى

قُلْتُ : ٱلأَظْهَرُ : ٱلْجَوَازُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَيَصِحُّ ٱلظِّهَارُ ٱلْمُؤَقَّتُ مُؤَقَّتاً ، وَفِي قَوْلٍ : مُؤَبَّداً ، وَفِي قَوْلٍ : لَغْوٌ . فَعَلَى الأَوَّلِ : ٱلأَصَحُّ : أَنَّ عَوْدَهُ لاَ يَحْصُلُ بِإِمْسَاكٍ ، بَلْ بِوَطْءٍ فِي ٱلْمُدَّةِ ، وَيَجِبُ ٱلنَّزْعُ بِمَغِيبِ ٱلْحَشَفَةِ . . . .

الوطء وتفضي إليه ، ولعموم قوله تعالىٰ : ﴿ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ .

قال : (**قلت : الأظهر : الجواز والله أعلم**) ؛ لبقاء الزوجية ، ولأنه وطء محرم لا يحل بالملك فأشبه الوطء في الحيض .

ويفهم من هٰذا التعليل إلحاقها بالحائض في التمتع بما تحت الإزار ، وهو أقوى احتمالي الإمام ، والذي صححه المصنف نقله الرافعي عن الأكثرين ، وأما نظره إليها بلا شهوة . . فجائز قطعاً .

قال : (**ويصح الظهار المؤقت**) كقوله : أنت علي كظهر أمي شهراً أو يوماً ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأن سلمة بن صخر جعل امرأته علىٰ نفسه كظهر أمه إن غشيها حتىٰ يمضي رمضان ثم غشيها في نصفه ، رواه أبو داوود [٢٢٠٨] ، وصححه الحاكم [٢/٢٠٣] ، ولأن قول المنكر والزور موجود فيه فصح كالظهار المطلق .

قال : (**مؤقتاً**) أي : ويكون مؤقتاً تغليباً لشبه اليمين .

قال : (**وفي قول : مؤبداً**) تغليباً لشبه الطلاق .

قال : (**وفي قول : لغو**) ؛ لأنه لم يؤبد التحريم فأشبه التشبيه بمن لا تحرم على التأبيد ، وظاهر هٰذا أنه لا إثم فيه ، وليس كذلك ، بل هو آثم به .

قال (**فعلى الأول**) أي : صحته مؤقتاً (**الأصح : أن عوده لا يحصل بإمساك ، بل بوطء في المدة**) ؛ لأن الحل منتظر بعد المدة ، أما إذا قيل تتأبد . . فالعود فيه كالعود في الظهار المطلق .

وأفهمت عبارة المصنف أن الوطء نفسه عود ، وهو الأصح ، وقيل : يتبين به العود ، وينبني عليهما حل الوطء ، فعلى الأول يحل دون الثاني ، فلو لم يطأ حتىٰ مضت المدة . . فلا شيء عليه .

قال : (**ويجب النزع بمغيب الحشفة**) كما في قوله : إن وطئتك . . فأنت طالق .

وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ : أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي . . فَمُظَاهِرٌ مِنْهُنَّ ، فَإِنْ أَمْسَكَهُنَّ . . فَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : كَفَّارَةٌ . وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْهُنَّ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ . . فَعَائِدٌ مِنَ ٱلثَّلَاثِ ٱلْأُوَلِ . وَلَوْ كَرَّرَ فِي ٱمْرَأَةٍ مُتَّصِلاً وَقَصَدَ تَأْكِيداً . . فَظِهَارٌ وَاحِدٌ ، أَوِ ٱسْتِئْنَافاً . . فَٱلْأَظْهَرُ : ٱلتَّعَدُّدُ ، . . . .

قال : (**ولو قال لأربع : أنتن علي كظهر أمي . . فمظاهر منهن**) ؛ لوجود لفظه الصريح .

قال : (**فإن أمسكهن . . فأربع كفارات**) ؛ لوجود الظهار والعود في حق كل واحدة منهن .

قال : (**وفي القديم : كفارة**) ؛ لما روى البيهقي [٧/ ٣٨٣] : أن عمر سئل عن رجل ظاهر من أربع نسوة فقال : (عليه كفارة واحدة) وبه أجاب عروة بن الزبير والحسن البصري وربيعة ومالك .

ومأخذ الخلاف : أن المغلب في الظهار شبه اليمين أو الطلاق ، إن غلبنا الطلاق . . لزمت أربع ، وإلا . . فواحدة ، كما لو حلف لا يكلم جماعة .

قال : (**ولو ظاهر منهن بأربع كلمات متواليات . . فعائد في الثلاث الأول**) ؛ لأنه بظهار الثانية عائد في الأولىٰ ، وبظهار الثالثة عائد في الثانية ، وبظهار الرابعة عائد في الثالثة ، فإن فارق الرابعة عقب ظهارها . . فعليه ثلاث كفارات ، وإلا . . فأربع .

ولو قال لأربع نسوة : أنتن علي حرام وقصد تحريم أعيانهن . . فالقول في تعدد الكفارة واتحادها كما في الظهار .

قال : (**ولو كرر في امرأة متصلاً وقصد تأكيداً . . فظهار واحد**) كالطلاق ، فيلزمه كفارة إن أمسكها عقب المرات ، لا إن فارقها في الأصح .

قال : (**أو استئنافاً . . فالأظهر : التعدد**) كما في الطلاق .

والثاني ـ وهو القديم ـ : تلزمه كفارة واحدة للجميع كما لو كرر اليمين في الشيء الواحد مرات ، ولأن اللفظ الثاني لم يؤثر في التحريم فلم يتعلق به حكم ، فصار كظهار الأجنبية .

وفي المسألة طريقة أخرىٰ قاطعة بالتعدد .

كل هـٰذا إذا تواصلت الكلمات ، فإن تفاصلت ، فإن كفر عن الأول قبل أن يأتي بالثاني . . لزمه أن يكفر عنه أيضاً ، وإن أراد التأكيد . . فالأصح أنه لا يقبل .

قال : (**وأنه بالمرة الثانية عائد في الأولىٰ**) ؛ لأنه كلام آخر فاشتغاله به عود .

والثاني : لا يجعل عائداً ؛ لأن الظهارين من جنس واحد ، فما لم يفرغ من الجنس لا يجعل عائداً ، فإذا قلنا بالتعدد ففارق عقب الأخيرة . . لزمه كفارة لما قبلها ، ويكون بالثانية عائداً إلى الأولىٰ ، وقيل : لا .

وموضع الخلاف إذا لم يكفر ، فإن كفر ثم ظاهر . . فلا خلاف في التعدد .

تتمة :

سكت المصنف عما إذا أطلق ولم يقصد تأكيداً ولا استئنافاً ، وفيه القولان كما في الطلاق .

قال الرافعي : لـٰكن الأظهر هنا : المصير إلى الاتحاد ، وفي « الشامل » و« التتمة » القطع به ، والفرق بينهما : أن الطلاق أقوىٰ ؛ لأنه مزيل للملك .

* * *

خاتمة

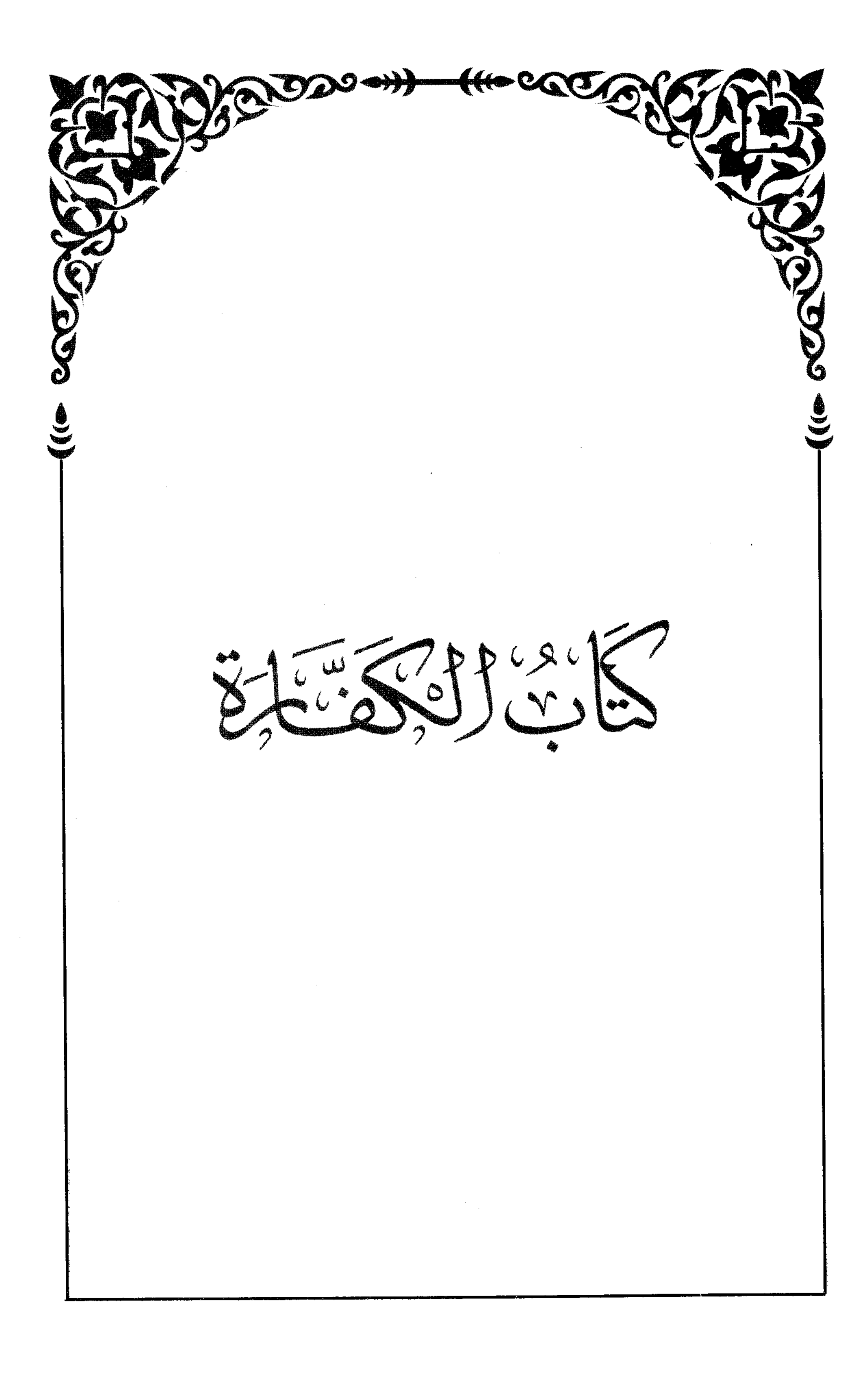
الظهار المؤقت يخالف المطلق في ثلاث صور :

إحداها : أن العود فيه بالوطء .

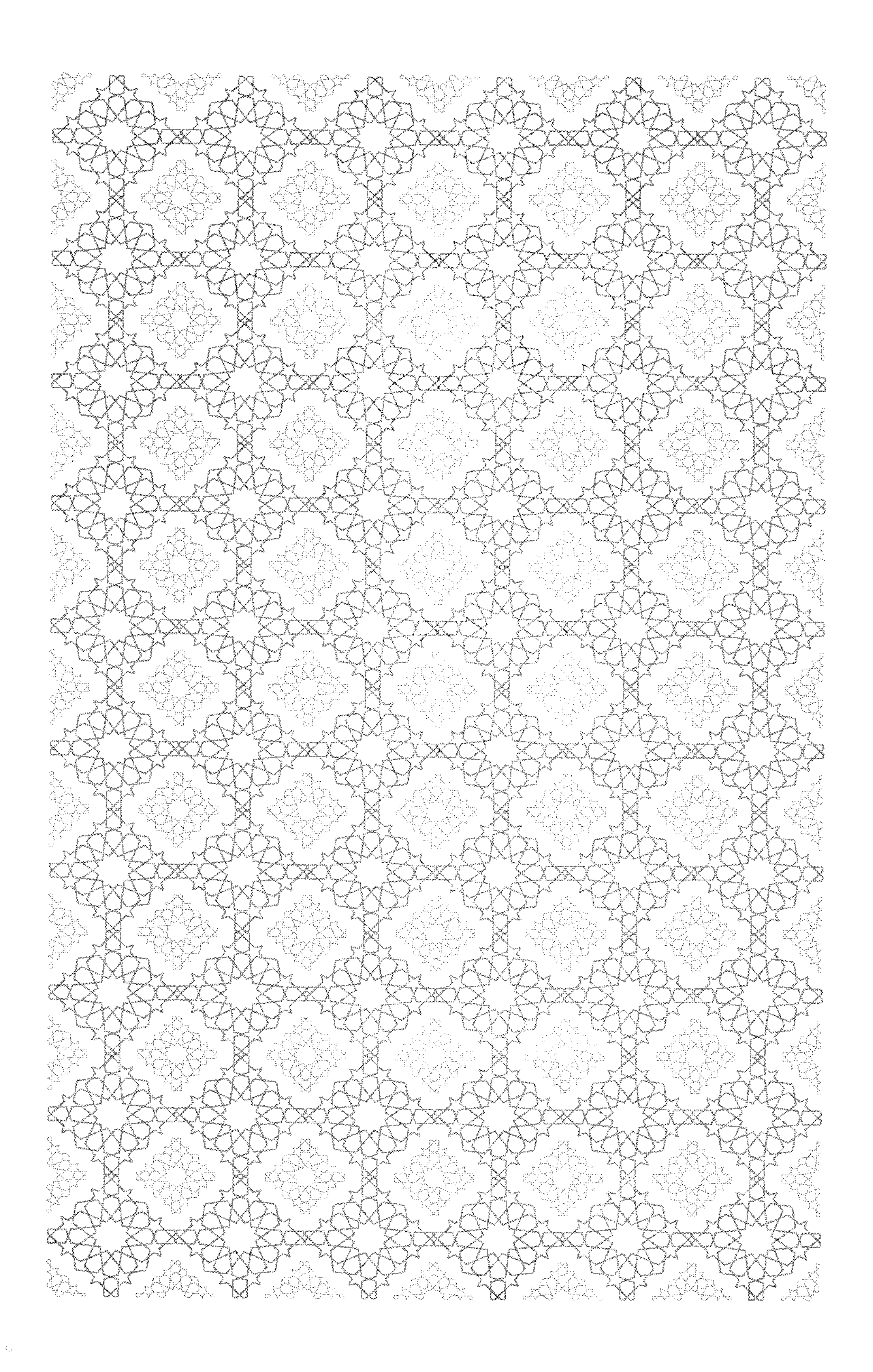
الثانية : أن الوطء الأول حلال .

الثالثة : أن التحريم بعد الوطأة الأولىٰ يمتد إلى التكفير أو انتهاء المدة علىٰ ما قاله الرافعي تبعاً للبغوي ، لـٰكن ظاهر النص خلافه ، وهو ظاهر القرآن وقول العراقيين .

* * *



كِتَابُ الكَفَّارَةِ



كِتَابُ ٱلْكَفَّارَةِ

يُشْتَرَطُ نِيَّتُهَا ....

كتاب الكفارة

لفظها مأخوذ من الكفر وهو الستر ؛ لأنها تستر الذنب ، ومنه الكافر ؛ لأنه يستر الحق ، وسمي الزارع كافراً لأنه يستر البذر .

وافتتح الباب في « المحرر » بقوله تعالىٰ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ .

والكفارة تشرع فيما فيه إثم فتكفره ، وفيما فيه صورة مخالفة وانتهاك وإن لم يكن فيه إثم كقتل الخطأ .

واختلف العلماء هل الكفارات الواجبة بسبب يأثم به جوابر للخلل الواقع أو زواجر كالحدود والتعزيرات؟ فرجح ابن عبد السلام وغيره الأول ؛ لأنها عبادات وقربات لا تصح إلا بنية .

وخصالها ثلاث : العتق والصيام والإطعام أو الكسوة ، ولا مدخل للعتق في فدية الحج .

والمراد الكفارة هنا : ما للعتق فيه مدخل ، ومعظم المقصود به كفارة الظهار ، وكذلك لا مدخل للإطعام في كفارة القتل على الأظهر .

ثم منها ما تترتب خصالها وهي كفارة الظهار والجماع في نهار رمضان ، ومنها ما جمع فيه بين الترتيب والتخيير وهي كفارة اليمين .

قال : (**يشترط نيتها**) ؛ لأنها حق مالي تجب تطهيراً كالزكاة ، والأعمال بالنيات ، لـٰكن نص الشافعي علىٰ أن إخراج المرتد يسقطها ، وأن إعتاق الكافر وإطعامه عن كفارته يجزىء ، وهو يدل علىٰ أن اللفظ كاف ، فينوي الكافر بالإعتاق والإطعام التمييز دون التقرب ، قال الرافعي : كما في قضاء الديون ، وما جزم به من وجوب النية في أداء الدين مسألة مهمة ، والحكم فيها صحيح ، صرح به الإمام

لاَ تَعْيِينُهَا . وَخِصَالُ كَفَّارَةِ ٱلظِّهَارِ : عِتْقُ رَقَبَةٍ ، مُؤْمِنَةٍ ، . . . .

ومحمد بن يحيىٰ والشيخ عز الدين ، وأهمله في « الروضة » .

وأشار بقوله : (نيتها) إلىٰ أنه لا يكفي نية العتق الواجب ؛ لأنه قد يجب بالنذر ، بل لا بد من نية الكفارة ، فإن نوى العتق الواجب بالظهار أو القتل . . كفىٰ .

وسكت المصنف عن اشتراط مقارنة النية التكفير ، والأصح عنده وعند الرافعي : اشتراط ذلك ، والذي نص عليه الشافعي في « الأم » و« المختصر » جواز التقديم ، وهو مقتضىٰ إلحاق الجمهور الكفارة بالزكاة ، لا جرم رجحه المصنف في « شرح المهذب » في (قسم الصدقات) وقال : إنه الصواب .

وفرق بينها وبين الصلاة بأن الكفارة والزكاة تدخلهما النيابة فتدعو الحاجة إلى التقديم ، بخلاف الصلاة .

وأفهمت عبارته أنه لا يشترط التعرض لنية الفرضية ، وهو كذلك ؛ لأنها لا تكون إلا فرضاً .

قال : (**لا تعيينها**) كما لا يجب تعيين المال المزكىٰ ، فلو كان عليه كفارة ظهار وكفارة قتل أو عتق كفارة وعتق نذر فأعتق عبدين بنية الكفارة عنهما . . أجزأه عنهما ، لٰكن لو نوىٰ غير ما عليه . . لم يجزئه ، سواء تعمد أو أخطأ ؛ لأنه لم يكفر عما عليه ، فهو كما لو أخطأ في تعيين الإمام في الصلاة ، بخلاف ما لو أخطأ في الحدث . . فإنه يصح ؛ لأن بارتفاعه يرتفع غيره ، فلو كان عليه ثلاث كفارات فأعتق عن واحدة ، ثم أعسر فصام شهرين عن واحدة ، ثم عجز فأطعم عن الثالثة ولم يعين شيئاً منها . . أجزأه ما أتىٰ به عنها كلها ، ولو قال لعبديه : أحدكما حرٌّ عن ظهاري . . أجزأه وتعين .

قال : (**وخصال كفارة الظهار : عتق رقبة**) ؛ للنص والإجماع .

قال : (**مؤمنة**) ولو بإسلام الأبوين ككفارة القتل حملاً للمطلق هنا على المقيد هناك كما حمل الشافعي مطلق قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ علىٰ مقيد : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ، ووافقنا مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : يجوز إعتاق الكافرة إلا في كفارة القتل ، واختاره المزني وقال : ما أطلقه الله تعالىٰ . . فهو مطلق .

واحتج الشافعي على التقييد بحديث معاوية بن الحكم : أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن عليه عتق رقبة فهل تعتق عليه هٰذه الجارية؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أين الله؟ » قالت : في السماء ، فقال : « من أنا؟ » فقالت : رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : « أعتقها فإنها مؤمنة »(١) ولو كان يجزئه غير المؤمنة . . لقال : أعتق أي رقبة شئت .

قال : (**بلا عيب يخل بالعمل والكسب**) كذا عبر الرافعي ، وكأنه يحترز بـ(**الإخلال بالعمل**) عن نقص الذات ، وبـ(الكسب) عن المعاني كالمجنون ، أو يكون من عطف الأعم على الأخص .

وعبارة « الروضة » و« البحر » وغيرهما : يضر بالعمل إضراراً بيناً .

وإنما اشترط ذلك ليتفرغ العبد بالعتق للعبادة وإلىٰ وظائف الأحرار ، وإنما يحصل ذلك إذا استقل وقام بكفاية نفسه ، وإلا . . فيصير كلاً على الناس .

واحتج الشافعي علىٰ ذلك بالإجماع ، وخلاف داوود حدث بعد الشافعي ، فإنه جوز عتقها مع كل عيب ؛ لأن اسم الرقبة يقع علىٰ ذات العيب كما يقع على السليمة .

قال : (**فيجزىء صغير**) ؛ لأنه يرجىٰ كبره كالمريض ، بخلاف الهرم ، وخالف الغرة حيث لا يجزىء فيها الصغير ؛ لأنها حق آدمي ، لـٰكن المستحب أن لا يعتق إلا البالغ للخروج من الخلاف ؛ فإن مالكاً يقول : لا يجزىء إلا من صام وصلىٰ ، يعني بذلك بعد البلوغ ، وأحمد يقول : لا بد أن يكون بالغاً ، وروي عنه أنه قال : يشترط أن يستقل بنفسه ، وكأنه يريد بذلك المميز .

وظاهر عبارة المصنف إجزاء الرضيع وابن يوم ، وهو كذلك .

فإن قيل : كيف يجزىء ولا يعرف بطش يديه ولا مشي رجليه ولا إبصار عينيه ولا سماع أذنيه؟ فالجواب : أنا نحكم بذلك بناء على السلامة ، فإن تبينا خلاف ذلك . . نقضنا الحكم ، وقد يجاب عن هـٰذا بأنه يموت قبل الإحاطة بسلامته

---

(١) رواه مسلم (٥٣٧) ، وابن حبان (١٦٥) ، وأبو داوود (٩٢٧) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (١١٤٢) ، وغيرهم .

وَأَقْرَعُ وَأَعْرَجُ يُمْكِنُهُ تِبَاعُ مَشْيٍ ، وَأَعْوَرُ وَأَصَمُّ ، وَأَخْشَمُ ، وَفَاقِدُ أَنْفِهِ وَأُذُنَيْهِ وَأَصَابِعِ رِجْلَيْهِ ، . . . .

وضدها ، والأصل شغل الذمة ، فإن عورض بأن الأصل السلامة . . أمكن أن يجري فيه الخلاف فيما إذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر .

وأفهمت عبارته أيضاً أنه لا يجزىء إعتاق الجنين ، وهو كذلك ، وقيل : إن انفصل لدون ستة أشهر من حين العتق . . تبين الإجزاء .

قال : (**وأقرع**) ؛ لأن ذلك لا يخل بالعمل .

و(الأقرع) : الذي ذهب شعر رأسه من داء ، وبذلك لقب الأقرع بن حابس الصحابي ، وكان مع ذلك أعرج رضي الله عنه .

قال : (**وأعرج يمكنه تباع مشي**) ؛ لأن ذلك لا يخل بمقصود العمل .

وقوله (وأعرج) كذا هو في غالب النسخ بواو العطف ، وهو في نسخة المصنف بغير واو ، وهو أولىٰ ؛ ليدل علىٰ إحدى الصفتين من باب أولىٰ .

قال : (**وأعور**) ؛ لما قلناه ، قال في « الروضة » : محل هـٰذا إذا لم يضعف نظر السليمة ، فإن ضعف وأضر بالعمل إضراراً بيناً . . لم يجزىء ، قاله في « الأم » .

وفي « الحاوي » : إن منع ضعف البصر الخط وإثبات الوجوه القريبة منه . . منع ، وإلا . . فلا .

وأفهمت عبارته عدم الاكتفاء بالأعمىٰ ، لـٰكن لو أعتقه ثم أبصر . . فوجهان في (كتاب الأضحية) ، أصحهما المنع .

قال : (**وأصم ، وأخشم ، وفاقد أنفه وأذنيه وأصابع رجليه**) ؛ لأن هـٰذه الأشياء لا تضر بالعمل إضرار بيناً .

فـ(الأصم) : الذي استد سمعه ، وكان في الأشراف جماعة كذلك ، كعبيدة السلماني ومحمد بن سيرين وعبد الله بن يزيد بن هرمز وأبان بن سليمان .

و(الأخشم) : الذي لا يشم بسبب داء يصل إلى الخيشوم وهو أقصى الأنف .

وجعل ابن أبي هريرة أصابع الرجلين على التفصيل الآتي في أصابع اليدين .

لاَ زَمِنٌ وَفَاقِدُ رِجْلٍ أَوْ خِنْصِرٍ وَبِنْصِرٍ مِنْ يَدٍ أَوْ أَنْمَلَتَيْنِ مِنْ غَيْرِهِمَا . قُلْتُ : أَوْ أَنْمَلَةِ إِبْهَامٍ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلاَ هَرِمٌ عَاجِزٌ ، وَمَنْ أَكْثَرُ وَقْتِهِ مَجْنُونٌ ، . . . .

ويجزىء الأخرس إذا أفهمت إشارته ، فإن جمع بين الصمم والخرس . . لم يجزىء .

ويجزىء فاقد الأسنان خلافاً لأبي حنيفة .

ويجزىء العنين والخصي والمجبوب ، والأمة الرتقاء والقرناء ، والأبرص والمجذوم ، وضعيف البطش ، ومن لا يحسن صنعة ، وضعيف الرأي ، ومن به كوع ـ وهو اعوجاج في اليد من جهة الإبهام ـ ومقطوع الأذنين ، والفاسق وولد الزنا ، وغيرهما أولىٰ .

قال : (**لا زمن وفاقد رجل**) وكذا أشلها ؛ لأنه يضر بالعمل إضراراً بيناً .

قال : (**أو خنصر وبنصر من يد**) ؛ لأنه تضعف منفعة نصف الكف وهو ضرر بين ، ولا يضر فقد أحدهما من يد والآخر من يد أخرىٰ .

قال : (**أو أنملتين من غيرهما**) يعني : من الإبهام والسبابة أو الوسطىٰ ؛ لأن فقدهما مضر .

وعبارته توهم أنه لا يضر فقد أنملتين من الخنصر والبنصر من يد ، وليس كذلك ، بل كل إصبع ضر فقدها . . ضر فقد أنملتين منها .

وعبارة « المحرر » : وفقد أنملتين من إصبع كفقد تلك الإصبع .

قال : (**قلت : أو أنملة إبهام والله أعلم**) فلا تجزىء ؛ لأن منفعتها تعطلت فأشبه قطعها .

وفي الأنملة تسع لغات تقدمت في زكاة النقد .

قال : (**ولا هرم عاجز**) أي : عن العمل والكسب ؛ لأنه يصير كلاً على الناس .

قال : (**ومن أكثر وقته مجنون**) ؛ لعدم حصول المقصود منه ، فإن كان الجنون مطبقاً . . منع مطلقاً ، وإن كان أقل . . أجزأ ، وكذا لو تساويا في الأصح ، قال الماوردي : فلو كان زمن جنونه أقل لـٰكنه لا يقدر على العمل إلا بعد حين . . لم

وَمَرِيضٌ لاَ يُرْجَىٰ ، فَإِنْ بَرِىءَ . . بَانَ ٱلإِجْزَاءُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يُجْزِىءُ شِرَاءُ قَرِيبٍ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ ، . . . .

يجزىء ، قال في « الروضة » : وهو حسن .

ويجزىء المغمىٰ عليه وهو الأصح ، ويجزىء الأحمق وهو الذي لا ينتفع بعقله .

قال : (**ومريض لا يرجىٰ**) كذي السل أو الدق أو الفالج أو الاستسقاء .

قال : (**فإن برىء . . بان الإجزاء في الأصح**) ؛ اعتباراً بما في نفس الأمر .

والثاني : لا ؛ اعتباراً بما ظنه المكلف ، وكما إذا حج عن المعضوب ثم بان شفاؤه . . فإنه لا يجزىء على الأصح .

وترجيح الشيخين الإجزاء تابعا فيه الإمام والغزالي ، وكلام المصنف في « التنقيح » يقتضي تفرد الغزالي به ، ونقل عن الماوردي القطع بالثاني ، قال : وهو قوي ؛ لعدم جزم النية بأنه مرجو الزوال .

والتردد في النية قادح ، ويشهد لصحته ما سبق في إعتاق الأعمىٰ ثم أبصر ، والفرق بين هـٰذا وبين ما إذا أعتق حملاً ثم وضعته بصفة الإجزاء أنه لا يجزىء كما تقدم أن الجنين مشكوك في وجوده ، فلم يكن له حكم الأحياء ، بخلاف المريض الذي عتق ثم شفي ؛ فإن الأصل استمرار الحياة وتعلق الأحكام به .

وأما العبد الذي وجب قتله . . قال القفال : إن أعتقه قبل أن يقدم للقتل . . أجزأه ، ولم يفرق بين متحتم القتل وغيره ، وصرح القاضي بإجزاء عتق متحتم القتل عن الكفارة ، وقال الصيمري : الأشبه : أنه لا يجزىء كمريض لا يرجىٰ برؤه .

ولو أعتق حاملاً إلا حملها . . لم يصح الاستثناء ويعتق الحمل تبعاً .

قال : (**ولا يجزىء شراء قريب بنية كفارة**) ؛ لأن عتقه مستحق بجهة القرابة ، فأشبه ما إذا دفع إليه النفقة الواجبة ونوىٰ بها الكفارة ، وعن الأودني : إذا اشتراه بشرط الخيار وأعتقه عن الكفارة . . جاز ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه »[1] .

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٠) ، وابن حبان (٤٢٤) ، وأبو داوود (٥٠٩٤) ، والترمذي (١٩٠٦) ، وغيرهم .

وقبول الهبة والوصية ـ إذا قلنا يملك بهما ـ كالشراء ، وكذا لو ورثه ونوىٰ أو اشترى المكاتب من يعتق علىٰ سيده ثم عجزه السيد ونوىٰ عتق قريبه عن الكفارة ، فلو قال المصنف : تملك قريب . . كان أشمل ؛ فإن هبته وإرثه وقبول الوصية كذلك .

قال : (**ولا أم ولد**) قال الروياني : بالإجماع ، وعلله غيره بأنها استحقت العتق بالإيلاد فلا تجزىء عن غيره كما لو باع الفقير طعاماً ثم سلمه إليه عن الكفارة ، فإذا أعتقها عن الكفارة . . نفذ العتق تطوعاً .

قال : (**وذي كتابة صحيحة**) خلافاً لأبي ثور .

لنا : أنه يعتق بسبب الكتابة بدليل استتباع الكسب ، وأما المكاتب كتابة فاسدة . . فالمذهب إجزاؤه ، قاله في « الروضة » وخالف في « التنقيح » فقال : الذي أطلقه الشافعي والجمهور المنع مطلقاً ، وليس كما قال ؛ فقد حكى الرافعي في (باب الكتابة) الإجزاء في الفاسدة عن النص .

قال : وفي إجزاء إعتاق عبده المغصوب عن الكفارة إذا علمت حياته أوجه :

أصحها : نعم .

وثانيها : لا ، وإليه ذهب معظم العراقيين .

والثالث : قال الماوردي : إن قدر على الخلاص بهرب . . أجزأ ، وإلا . . فالإجزاء موقوف كالغائب إذا علمت حياته ، قال المصنف : وهـٰذا قوي جداً .

وأما العبد الآبق . . فقال بعضهم : فيه الخلاف الذي في المغصوب ، وقطع جماعة بإجزائه ، قال المصنف : وهو الصواب .

وفي العبد الذي انقطع خبره قولان بالنقل والتخريج ، أظهرهما : لا يجزىء ، وتجب فطرته عملاً بالاحتياط في المسألتين ؛ لأن الأصل بقاء الملك ، والأصل شغل الذمة بالكفارة .

وصحح الشيخان عدم إجزاء عتق الموصىٰ بمنفعته والمستأجر ، وقال في « المهمات » : كيف يستقيم ذلك وهما كالمريض والمجنون المنتظر الإفاقة .

والعتق في هـٰذه الصور وأمثالها نافذ وإن منعنا الإجزاء عن الكفارة .

وَيُجْزِىءُ مُدَبَّرٌ وَمُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ ، فَإِنْ أَرَادَ جَعْلَ ٱلْعِتقِ ٱلْمُعَلَّقِ كَفَّارَةً . . لَمْ يَجُزْ . وَلَهُ تَعْلِيقُ عِتْقِ ٱلْكَفَّارَةِ بِصِفَةٍ ، وَإِعْتَاقُ عَبْدَيْهِ عَنْ كَفَّارَتَيْهِ عَنْ كُلٍّ نِصْفُ ذَا وَنِصْفُ ذَا . . . .

قال : وأطلقا جواز عتق العبد المرهون حيث نفذناه ، وكذا إن لم ننفذه في الحال ونفذناه بعد الانفكاك باللفظ السابق ، وما أطلقاه من الجواز هنا قيده المصنف في (كتاب الرهن) بعتقه عن كفارته ، فإن أعتقه عن كفارة غيره . . لم يعتق ؛ لأنه بيع كما أفتىٰ به القاضي حسين .

قال : (**ويجزىء مدبر ومعلق بصفة**) ؛ لأن ملكه عليهما تام ، بدليل نفوذ جميع تصرفاته فيهما ، ومحل جواز عتق المعلق بصفة إذا نجز عتقه عن الكفارة ، أو علقه بصفة توجد قبل الصفة الأولىٰ ، فلذلك احترز عنه المصنف .

قال : (**فإن أراد جعل العتق المعلق كفارة . . لم يجز**) مثاله : قال : إن دخلت الدار . . فأنت حر ، ثم قال : إن دخلتها فأنت حر عن كفارتي ، فدخل . . عتق ولا يجزىء عن الكفارة ؛ لأنه مستحق بالتعليق الأول .

قال : (**وله تعليق عتق الكفارة بصفة**) كما إذا قال : إن دخلت الدار فأنت حر عن كفارتي فدخلها . . عتق عنها ؛ لأن المأمور به تحرير رقبة ، وقد وجد بالتعليق مع وجود الصفة ، هٰذا هو المشهور ، وحكى الدارمي فيه وجهين .

ويشترط كونه عند التعليق بصفة الإجزاء ، فلو قال لمكاتبه : إذا عجزت عن النجوم فأنت حر عن كفارتي فعجز . . عتق ولم يجزىء عن الكفارة ، وكذا لو قال لعبده الكافر : إذا أسلمت .

وسكتوا عن النية هنا ، وقال المتولي : تشترط عند التعليق على الأصح ، قال : ولا خلاف أنه لو علق العتق بصفة من غير نية ثم نوىٰ بعدُ إما عند وجود الصفة أو قبله . . أنه لا يجزىء عن الكفارة .

قال : (**وإعتاق عبديه عن كفارتيه عن كلٍ نصف ذا ونصف ذا**) ؛ لتخليص الرقبتين من الرق ، سواء اتفق جنس الكفارتين أو اختلف ، كذا نص عليه ، وقال الشيخ أبو حامد : إنه لا خلاف فيه .

وَلَوْ أَعْتَقَ مُعْسِرٌ نِصْفَيْنِ عَنْ كَفَّارَةٍ . . فَٱلأَصَحُّ : ٱلإِجْزَاءُ إِنْ كَانَ بَاقِيهِمَا حُرّاً . وَلَوْ أَعْتَقَ بِعِوَضٍ . . لَمْ يُجْزِ عَنْ كَفَّارَةٍ . . . .

وحكى الإمام والغزالي وجهاً : أنه لا يجزىء ، وعلى المذهب : في كيفية وقوع العتق وجهان :

أحدهما : يعتق نصف كل واحد منهما عن كفارة كما صرح به .

والثاني : يعتق كل عبد عن كفارة ويلغو تعرضه للنصف .

ولم يتعرضوا لثمرة هٰذا الخلاف ، وقد تظهر فيما إذا ظهر أحدهما معيباً أو مستحقاً ونحو ذلك ، إن قلنا بالأول . . لم يجزىء واحد منهما عن كفارتيه ، أو بالثاني . . بقي عليه كفارة وبرىء من واحدة .

قال : (**ولو أعتق معسر نصفين عن كفارة . . فالأصح : الإجزاء إن كان باقيهما حراً**) ؛ لحصول المقصود ، وهو إفادة الاستقلال .

وقيل : يجزئه مطلقاً ، ونقله في « الشامل » عن الأكثرين تنزيلاً للأشقاص منزلة الأشخاص ، كما لو ملك نصف عبدين . . يلزمه صاع في الفطرة .

وقيل : لا يجزئه مطلقاً ؛ لأنه مأمور برقبة ، ونصفا رقبة ليسا في معنىٰ رقبة في بر ولا حنث ، فكذا هنا ؛ لأن ما أمر بصرفه إلىٰ واحد في الكفارة لا يجوز صرفه إلى اثنين كمد الطعام، وكما لا يجزىء شقصان في الأضحية، وبهٰذا قال أبو حنيفة ومالك .

أما إذا كان باقيهما رقيقاً . . فيمتنع .

واحترز بـ(المعسر) عن الموسر إذا أعتق النصف . . فإنه يجزىء ؛ لسريانه إلىٰ باقيهما ، وقد يقال : لا يظهر للتقييد بـ(المعسر) فائدة ، وغالب كتب الأصحاب قيدوه بذلك ؛ فإن الموسر إذا أعتق نصفي عبدين باقيهما حر . . أجزأه بلا خلاف ، إلا أن يقال في الموسر : يجزىء بلا خلاف ، والتقييد بـ(المعسر) لأجل الخلاف .

وأفهم قوله : (إن كان باقيهما) أنه لو كان باقي أحدهما فقط حراً . . لا يجزىء ، وليس كذلك ، بل الظاهر الإجزاء ؛ لحصول المقصود من تخليص رقبة كاملة .

قال : (**ولو أعتق بعوض . . لم يجز عن كفارة**) ؛ لعدم خلوص النية ، سواء كان

وَٱلإِعْتَاقُ بِمَالٍ كَطَلَاقٍ بِهِ ؛ فَلَوْ قَالَ : أَعْتِقْ أُمَّ وَلَدِكَ عَلَىٰ أَلْفٍ فَأَعْتَقَ . . نَفَذَ وَلَزِمَهُ ٱلْعِوَضُ . وَكَذَا لَوْ قَالَ : أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَلَىٰ كَذَا فَأَعْتَقَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . . . .

العوض على العبد كأعتقتك علىٰ أن ترد عليَّ ديناراً ، أو علىٰ أجنبي كما إذا قال له غيره : أعتق عبدك عن كفارتك ولك عليَّ كذا فيعتقه عنها ، والأصح : لا يستحق عليه عوضاً ، وفي وجه . . يجزئه ويسقط العوض عن العبد كالأجنبي ، وقيل : إن قدم ذكر الكفارة على العوض . . أجزأه ولا عوض ، وإن عكس . . لم يجزئه .

وأما إذا التمس هو من غيره أن يعتق عبده عن كفارته ففعل . . جاز ، سواء التمس ذلك بعوض أم مجاناً ، قال الشافعي : ويكون كشراء مقبوض أو هبة مقبوضة .

قال : (**والإعتاق بمال كطلاق به**) فيكون من المالك معاوضة فيها شوب تعليق ، ومن المستدعي معاوضة بشوب جعالة كما سبق في (الخلع) .

وعقد له في « المحرر » فصلاً وقال : إنه دخيل في الباب ، لكن جرت عادة جماعة بذكره هنا فتبعهم .

قال : (**فلو قال : أعتق أم ولدك علىٰ ألف فأعتق . . نفذ ولزمه العوض**) ويكون ذلك افتداء من المستدعي منزلاً منزلة اختلاع الأجنبي .

وأشار بقوله : (فأعتق) إلىٰ أنه أعتقها متصلاً ، فإن أعتقها بعد فصل طويل . . وقع العتق عن المالك ، ولا شيء على المستدعي .

وقيل : لا يلزمه العوض ، حكاه في « البسيط » في (كتاب العتق) .

فلو زاد : عني فقال : أعتقها عنك . . نفذ ولغا قوله : عنك ؛ لأنها لا تقبل النقل ، ولا تستحق العوض على الصحيح .

قال : (**وكذا لو قال : أعتق عبدك علىٰ كذا**) أي : ولم يقل عنك ولا عني (**فأعتق في الأصح**) فيكون ابتداء كأم الولد .

والثاني : لا يستحق ، بخلاف استدعاء إعتاق المستولدة أو الطلاق ؛ فإن ذلك افتداء ؛ لأنه لا يمكن انتقال الملك فيهما .

وَإِنْ قَالَ : أَعْتِقْهُ عَنِّي عَلَىٰ كَذَا فَفَعَلَ . . عَتَقَ عَنِ ٱلطَّالِبِ وَعَلَيْهِ ٱلْعِوَضُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَقِبَ لَفْظِ ٱلإِعْتَاقِ ثُمَّ يَعتِقُ عَلَيْهِ ، . . . .

قال : (**وإن قال : أعتقه عني علىٰ كذا ففعل . . عتق عن الطالب وعليه العوض**) عملاً بالتزامه ، فإن قال : مجاناً . . فلا شيء عليه .

وإن لم يشترط عوضاً ولا نفاه . . فهل يقتضي عوضاً؟ وجهان : أصحهما : إن قال : عن كفارتي . . اقتضىٰ ، وإن قال : عني ولا عتق عليه . . أطلق السرخسي أنه لا شيء عليه ، وخرجه الإمام علىٰ أن الهبة هل تقتضي الثواب؟ وسواء نفى العوض أو شرطه يعتق عن الطالب .

وصورة جميع ما ذكره المصنف إذا لم يكن الطالب ممن يعتق عليه العبد ، فإن كان . . لم يعتق عن الطالب ؛ لأنه لو كان أجنبياً منه . . احتاج إلىٰ تقدم الملك على الإعتاق ، وهنا الملك يوجب العتق ، فالتمليك بعده بالإعتاق لا يصح فيصير دوراً ، قاله القاضي حسين في « فتاويه » .

قال : (**والأصح : أنه يملكه عقب لفظ الإعتاق ثم يعتق عليه**) فيكون العتق مرتباً على الملك في لحظة لطيفة ، ثم قال الأكثرون : يملكه عقب الفراغ من لفظ الإعتاق على الاتصال ، وعن الجويني : يملكه مع آخر جزء من آخر اللفظ ، ويقابل الأصح أوجه :

أحدها : يملكه بالاستدعاء ويعتق بالإعتاق .

والثاني : بالشروع في الإعتاق ويعتق بتمامه .

والثالث : يملكه ويعتق معاً عند تمام اللفظ بناء علىٰ أن الشرط مع المشروط ، وهـٰذا الخلاف راجع إلىٰ وقت الملك لا إلىٰ أصله ؛ فإنه يدخل في ملكه بلا خلاف ، فلا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ، وإنما الخلاف متىٰ يحصل الملك .

فرعان :

أحدهما : قال : أعتق عبدك عني علىٰ كذا ففعل ، ثم ظهر بالعبد عيب . . لم يبطل العتق ، بل يرجع المستدعي بأرش العيب ، ثم إن كان عيباً يمنع الإجزاء عن الكفارة . . لم تسقط به الكفارة .

وَمَنْ مَلَكَ عَبْداً أَوْ ثَمَنَهُ فَاضِلاً عَنْ كِفَايَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً وَسُكْنَىٰ وأَثَاثاً لاَ بُدَّ مِنْهُ . . لَزِمَهُ ٱلْعِتْقُ . وَلاَ يَجِبُ بَيْعُ ضَيْعَةٍ وَرَأْسِ مَالٍ لاَ يَفْضُلُ دَخْلُهُمَا عَنْ كِفَايَتِهِ ، . . . .

الثاني : قال الخوارزمي : لو قال لغيره : أطعم ستين مسكيناً مداً مداً من الحنطة عن كفارتي ، إن نوى الكفارة عنه وفعل . . أجزأه على الأصح ، ولا يختص بالمجلس ، وكذا الكسوة .

قال : (**ومن ملك عبداً أو ثمنه فاضلاً عن كفاية نفسه وعياله نفقة وكسوة وسكنىٰ وأثاثاً لا بد منه . . لزمه العتق**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ .

وهـٰذا واجد ، ثم هل تتقدر النفقة والكسوة بمدة؟ قال الرافعي : لم يذكروه ، فيجوز اعتبار مدة العمر الغالب ، ويجوز اعتبار سنة ، ويؤيده قول البغوي : يترك له ثوب الشتاء وثوب الصيف ، قال في « الروضة » : الصواب الثاني والله أعلم .

والذي نص عليه الشافعي والجمهور : أن من حل له أخذ الزكاة والكفارات . . فقير ، يكفر بالصوم ، ومن لا يحل له الأخذ . . غني .

قال : (**ولا يجب بيع ضيعة ورأس مال لا يفضل دخلهما عن كفايته**) ؛ لأن المصير إلى المسكنة أشد من مفارقة الدار والعبد المألوفين .

وقيل : يلزمه ؛ لأنه واجد ، حكاه الرافعي وغيره ، وأُسقط في « الروضة » .

و(الضيعة) بفتح الضاد المعجمة : العقار ، وفي الحديث : « لا تتخذوا الضيعة فترغبوا في الدنيا »[1] .

والظاهر أن مراد الفقهاء : ما يستغله الإنسان ولا يسكنه .

ولو كان له ماشية تحلب . . فهي كالضيعة .

وسبق في (الحج) و(قَسم الصدقات) أن كتب الفقيه لا تباع في الحج ، ولا تمنع أخذ الزكاة فيجب استثناؤها هنا .

---

(١) أخرجه ابن حبان (٧١٠) ، والحاكم (٤/ ٣٢٢) ، والترمذي (٢٣٢٨) .

وَلاَ مَسْكَنٍ وَعَبْدٍ نَفِيسَيْنِ أَلِفَهُمَا فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ شِرَاءٌ بِغَبْنٍ . وَأَظْهَرُ ٱلأَقْوَالِ : ٱعْتِبَارُ ٱلْيَسَارِ بِوَقْتِ ٱلأَدَاءِ . . . .

وسبق في (الفلس) أن خيل الجندي والمرتزق تبقىٰ له ، وقياسه هنا كذلك .

قال : (**ولا مسكن وعبد نفيسين ألفهما في الأصح**) ؛ لأن المألوف شهي .

والثاني : يلزمه البيع والإعتاق كالثوب النفيس يجد بثمنه ثوباً يليق به وعبداً يعتقه ، أما إذا لم يكونا مألوفين . . فإنهما يباعان قطعاً ، لـٰكن يرد عليه ما لو كان المسكن المألوف واسعاً يكفيه بعضه وتحصل رقبة بباقيه . . فإنه يلزمه العتق .

وكان ينبغي التعبير بالخادم ؛ لأن الأمة كذلك ، لا سيما إن احتاج إليها للوطء .

ولو كان ماله غائباً أو حاضراً ولم يجد رقبة . . لم يجز الصوم في كفارة القتل وجماع رمضان ، بل يصبر ؛ لأنهما على التراخي ، وكذا كفارة اليمين كما سيأتي في بابها ، وفي الظهار وجهان : أصحهما : وجوب الصبر .

قال : (**ولا شراء بغبن**) أي : وإن قل كالماء للطهارة ، واختار البغوي لنفسه الوجوب إذا وجد ثمن الغالي ، وفرق بينه وبين التيمم بتكرره بخلاف الكفارة .

وليس المراد أنه يجوز العدول إلى الصوم ، بل عليه الصبر إلى وجودها بثمن المثل ، صرح به الماوردي في (باب التيمم) .

قال : (**وأظهر الأقوال : اعتبار اليسار بوقت الأداء**) كالوضوء والتيمم والقيام والقعود في الصلاة .

والثاني : الاعتبار بوقت الوجوب كالحد ، فإنه لو زنىٰ وهو حر فرق أو عكسه . . أقيم عليه الحد اعتباراً بحالة الزنا .

قال القاضي : وهـٰذا ينبني علىٰ أن المغلب عليها شائبة العقوبة ، والأول علىٰ أن المغلب فيها العبادة .

والثالث : الأغلظ من الوجوب إلى الأداء .

وقيل : أغلظ الحالين لا ما بينهما ، وعلى الأظهر قال الإمام : إذا اعتبرنا الوجوب حال الأداء . . ففي التعبير عن الواجب قبل الأداء غموض ، فلا يتجه إلا أن يقال :

فَإِنْ عَجَزَ عَنْ عِتْقٍ . . صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بِٱلْهِلاَلِ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ ، وَلاَ تُشْتَرَطُ نِيَّةُ تَتَابُعٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

الواجب أصل الكفارة ولا يعين خصلة ، أو يقال : يجب ما يقتضيه حال الوجوب ، فإن تبدل الحال . . تبدل الواجب .

قال : (**فإن عجز عن عتق . . صام شهرين متتابعين**) ؛ للآية فلو تكلف الإعتاق بالاستقراض وغيره . . أجزأه على الأصح ؛ لأنه ترقىٰ إلى الرتبة العليا .

ولو شرع المعسر في الصوم ثم أيسر . . لم يلزمه الإعتاق ، خلافا لأبي حنيفة والمزني وبعض الأصحاب .

ولو صام ثم بان أنه ورث رقبة ولم يعلم بها . . اعتد بصيامه اعتباراً بظنه لا بما في نفس الأمر ، ولو نسيها في ملكه ثم صام . . لم تجزئه للفرق بين الجاهل والناسي .

قال : (**بالهلال**) ؛ لأنها الأشهر الشرعية .

قال : (**بنية كفارة**) أي : كل ليلة من الليل ؛ لما تقدم في (كتاب الصيام) في ذلك .

وشرطها التبييت ؛ لأنه صوم واجب ، ولا يجب تعيين جهة الكفارة عن ظهار أو قتل أو غيرهما كما تقدم ، وعن مالك : تكفي نية صوم الشهرين في الليلة الأولىٰ كما يقول في شهر رمضان ، فلو كان عليه كفارتان فصام أربعة أشهر عما عليه من الكفارة . . أجزأه .

قال : (**ولا تشترط نية تتابع في الأصح**) اكتفاء بالتتابع الفعلي ، ولأن التتابع شرط في العبادة فلا يجب بنية فيها كستر العورة في الصلاة .

والثاني : تشترط في كل ليلة كنية الجمع بين الصلاتين .

والثالث : تشترط في الليلة الأولىٰ ؛ لأن التمييز يحصل به .

تنبيهان :

أحدهما : يشترط وقوع النية بعد فقد الرقبة ، فلو نوىٰ قبل طلبها ثم طلبها فلم يجدها . . وجب تجديدها ، قاله الروياني .

فَإِنْ بَدَأَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ . . حُسِبَ ٱلشَّهْرُ بَعْدَهُ بِٱلْهِلاَلِ وَأَتَمَّ ٱلأَوَّلَ مِنَ ٱلثَّالِثِ ثَلاَثِينَ . وَيَزُولُ ٱلتَّتَابُعُ بِفَوَاتِ يَوْمٍ بِلاَ عُذْرٍ وَكَذَا بِمَرَضٍ فِي ٱلْجَدِيدِ ، لاَ بِحَيْضٍ

الثاني : إنما يصح صوم الشهرين إذا ابتدأ بهما في وقت يعلم دوامهما ، فلو ابتدأ الصوم في وقت يعلم دخول ما يقطعه في أثنائه كشهر رمضان أو يوم النحر . . لم يجزئه ، وبهـٰذا صرح في « المحرر » وأهمله المصنف .

قال : (**فإن بدأ في أثناء شهر . . حسب الشهر بعده بالهلال وأتم الأول من الثالث ثلاثين**) ؛ لتعذر الرجوع فيه إلى الهلال ، وفي وجه : يحسب الشهران بالعدد ، فإن ابتدأ به في أول الهلال . . صام شهرين هلاليين نَقَصًا أو تَمَّا .

قال : (**ويزول التتابع بفوات يوم بلا عذر**) ولو كان اليوم الأخير كما إذا أفسد صومه أو نسي النية في بعض الليالي ، وهل يفسد ما مضىٰ أو ينقلب نفلاً؟ فيه القولان في التحريم بالظهر قبل الزوال ونظائره .

ولو وطىء المظاهر ليلاً في الشهرين . . عصىٰ ولم ينقطع التتابع ، وقال أبو حنيفة : ينقطع ، وقال المتولي : ولو وطئها ناسياً . . لم يبطل تتابعه .

ولو أفطر ظاناً غروب الشمس فأخطأ أو علىٰ أن الفجر لم يطلع فأخطأ . . انقطع التتابع ؛ لتفريطه ، وفي وجه حكاه والد الروياني : لا ينقطع للعذر .

قال : (**وكذا بمرض في الجديد**) ؛ لأنه أفطر باختياره والمرض لا ينافي الصوم فأشبه ما إذا أجهده الصوم فأفطر .

والمراد : مرض يجوز له الفطر في الصوم الواجب .

والقديم : لا يقطع التتابع كالحيض ، وعلم منه أن خوف المرض قاطع من باب أولىٰ .

قال : (**لا بحيض**) ؛ لأنه ليس باختيارها ولا يخلو منه شهران غالباً ، والتأخير إلى اليأس خطر ، وهـٰذا إذا لم تعتد الانقطاع شهرين فأكثر ، فإن اعتادت ذلك . . لزمها الصوم في زمن لا يتخلله حيض ، ويقطع تتابعها الحيض حينئذ .

والنفاس كالحيض لا يقطع التتابع على الصحيح ، وقيل : يقطعه لندرته ، وهو ظاهر نصوص الشافعي .

وَكَذَا جُنُونٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَوْمٍ بِهَرَمٍ ، أَوْ مَرَضٍ . . قَالَ ٱلأَكْثَرُونَ : لاَ يُرْجَىٰ زَوَالُهُ ، أَوْ لَحِقَهُ بِٱلصَّوْمِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ ، أَوْ خَافَ زِيَادَةَ مَرَضٍ . . كَفَّرَ بِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِيناً . . . .

وفي « تعليقة البغوي » : إذا أفطرت بعذر النفاس ينظر ، إن شرعت في الصوم في وقت تكمل لها تسعة أشهر في حالة الصوم . . وجب الاستئناف ، وإن شرعت في الشهر السادس فولدت قبل تمام التسع . . لم يجب ؛ لأنها معذورة ، لأن الغالب أن الوضع يكون في تسعة أشهر . اهـ وهـٰذا يتعين القول به .

فإن قيل : طروء الحيض إنما يتصور في كفارة القتل وفي الجماع في نهار رمضان إذا أوجبناها على المرأة ، أما كفارة الظهار . . فلا ؛ لأنها لا تجب على النساء ، فلم ذكره المصنف؟ فالجواب : أنه يتكلم في مطلق الكفارة ، وأيضاً فقد يتصور من المرأة بأن تصوم عن قريبها الميت أو العاجز عن كفارة الظهار بناء على القديم المختار .

قال : (**وكذا جنون على المذهب**) ؛ لعدم الاختيار ، ولمنافاته الصوم كالحيض .

والثاني : أنه كطروء المرض .

والإغماء ملحق بالجنون ، وقيل كالمرض ، وبهـٰذا صرح جمهور الأصحاب .

والفطر بالسفر وفطر الحامل والمرضع خوفاً على الولد . . قيل : كالمرض ، وقيل : يقطع قطعاً ، وفي « البحر » وجه : أنه يبطل في حق المرضع دون الحامل ، فإن أفطرتا خوفاً علىٰ أنفسهما . . فهو كالمرض ، وفي « الروضة » عن « تجريد المحاملي » أنه : لا يقطع قطعاً ، والذي فيه الجزم بأنه كالمرض .

قال : (**فإن عجز عن صوم بهرم ، أو مرض . . قال الأكثرون : لا يرجىٰ زواله ، أو لحقه بالصوم مشقة شديدة ، أو خاف زيادة مرض . . كفر بإطعام ستين مسكيناً**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ ، ومن ذكر غير مستطيع .

ودخل في المشقة الشديدة شدة الشبق ، وقد صرح بها المصنف في كفارة الوقاع .

ولا فرق في المسكين بين الكبير والصغير والرضيع والفطيم .

ويقابل قول الأكثرين رأي الإمام والغزالي ؛ فإنهما قالا : لا يجوز بمرض بدون شهرين في غالب الظن ، قال في زوائد « الروضة » : والأصح ما قاله الإمام ، وقد وافقه عليه آخرون ، فلو كان لا يرجىٰ زواله فأطعم ثم برىء . . قال الرافعي : يشبه أن يلحق بما إذا أعتق عبداً لا يرجىٰ زوال مرضه ثم برىء ، قال ابن الرفعة : وتشبيهه بالمعضوب إذا استناب في الحج ثم برىء أقرب .

وقوله : (بإطعام) راعىٰ فيه لفظ القرآن ، والمراد : تمليكهم ، وفي الحديث : (أطعم النبي صلى الله عليه وسلم الجدة السدس)[1] أي : ملكها ، فلو غداهم وعشاهم بذلك . . لم يجزىء كما في الزكاة ، ويظهر ذلك في التمر وفي الخبز على القول بإجزائه .

كل هـٰذا إذا كان واجداً للطعام ، فإن لم يجد . . استقرت الكفارة في ذمته كما ذكره المصنف في الوقاع .

وعطف المصنف المرض على الهرم من عطف العام على الخاص ، وقد استحسنوا قول جالينوس : المرض هرم عارض ، والهرم مرض طبيعي ، وفي الحديث : « إن الله لم يضع داء . . إلا وضع له دواء إلا الهرم »[2] .

قال : (أو فقيراً) ؛ لأنه أشد حاجة من المسكين ، فلو كان بعضهم فقيراً وبعضهم مسكيناً . . جاز إجماعاً ، ولا فرق في ذلك بين السائل والمتعفف ، فلو دفعها إلىٰ مسكين واحد في ستين يوماً . . لم يجزىء ، خلافاً لأبي حنيفة .

فرع :

دفع الطعام إلى الإمام فتلف في يده قبل تفرقته . . لم يجزئه علىٰ ظاهر المذهب ،

---

(١) أخرجه النسائي في « الكبرىٰ » (٦٣٠٤) ، والدارقطني (٤/ ٩١) ، والبيهقي (٦/ ٢٢٦) ، وغيرهم .

(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٩٩) ، وأبو داوود (٣٨٥١) ، والترمذي (٢٠٣٨) ، والنسائي « الكبرىٰ » (٧٥١٢) ، وابن ماجه (٣٤٣٦) ، وغيرهم .

بخلاف الزكاة ؛ فإن الإمام لا يد له على الكفارة بخلاف الزكاة ، قاله في « البحر » ، والذي قاله القاضي هنا أنه يبرأ ويجزئه .

قال : (**لا كافراً**) خلافاً لأبي حنيفة أيضاً ، سواء في ذلك الذمي وغيره ؛ لأنها صدقة واجبة .

قال : (**ولا هاشمياً ومطلبياً**) ؛ لاغتنائهما بخمس الخمس ، ولذلك لا يجوز الدفع لمواليهم ، ولا لمن تلزمه نفقته ، ولا إلىٰ عبده ومكاتبه كزكاة المال ، وصرفها إلى الأقارب الذين لا تلزم نفقتهم أولىٰ .

قال : ولو صرف إلىٰ عبد بإذن سيده وسيده مسكين . . جاز ؛ فإنه صرف إلىٰ سيده ، ويجوز صرفها إلى المجنون والصغير ، لـٰكن يقبض لهما وليهما ، ويجوز للمرأة صرفها إلىٰ زوجها المسكين ، ولها في ذلك أجران .

قال : (**ستين مداً**) قياساً علىٰ كفارة وقاع رمضان ؛ لأن الأعرابي الذي جامع فيه أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم عرقاً فيه خمسة عشر صاعاً فقال : « خذ هـٰذا فأطعم عنك ستين مسكيناً » فيخص كل مسكين مد ، وكفارة الظهار مثلها .

وأجابوا عن الحديث الذي رواه أبو داوود عن سلمة بن صخر أنه ظاهر من امرأته ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يدفع إلىٰ ستين مسكيناً وسقاً من تمر وهو ستون صاعاً بأنه محمول على الجواز جمعاً بين الخبرين ، قال ابن الرفعة : وفيه نظر ؛ لوروده في معرض بيان الواجب ، وقد قال ابن بشكوال : الواقعة واحدة ، فسلمة بن صخر هو المجامع في نهار رمضان وهو المظاهر .

وشملت عبارة المصنف ما لو فاوت بينهم فملَّك واحداً مدين وآخر نصف مد وهو لا يجزىء جزماً ، فلو قال : مداً مداً . . سلم من ذلك .

ولو أعطاهم ستين صاعاً وقال : ملكتكم هـٰذا بالسوية أو أطلق فقبلوه . . جاز ، خلافاً للإصطخري .

واستشكل في « المهمات » الإجزاء في هـٰذه الحالة ؛ لأن الكيل ركن في قبض المكيل ، وسيأتي في (كفارة اليمين) عن الماوردي أنه لو أعطاهم ثوباً مشتركاً بينهم

مِمَّا يَكُونُ فِطْرَةً .

من غير قطع . . لم يجزىء ، وهو موافق لما قاله الإصطخري .

قال : (**مما يكون فطرة**) المراد : من الجنس المخرج فيها ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ وهو غالب قوت البلد ، فلا يجزىء الدقيق والسويق والخبز ولا اللحم ، ويجزىء اللبن كما صححه الشيخان في (زكاة الفطر) ، وصحح المصنف هنا في « التصحيح » أنه لا يجزىء ، وهو خلاف المذكور في سائر كتبه .

تتمة :

اختار الروياني جواز الخبز فيعطىٰ لكل مسكين رطلان ، وبه قال الأنماطي وابن أبي هريرة والصيرفي وأبو حنيفة وأحمد ، وبه أفتى الصيمري وأبو ثور في كفارة اليمين خاصة ، وقال ابن خيران : يعطىٰ كل مسكين رطلا خبز وقليل أدم ، وهـٰذه المقالة أسقطها من « الروضة » ، وهي في « الشرح » .

ولو دفع مداً إلىٰ مسكين ثم استرده منه ودفعه إلىٰ آخر وهـٰكذا حتى استوعب الستين . . كره وأجزأه .

* * *

خاتمة

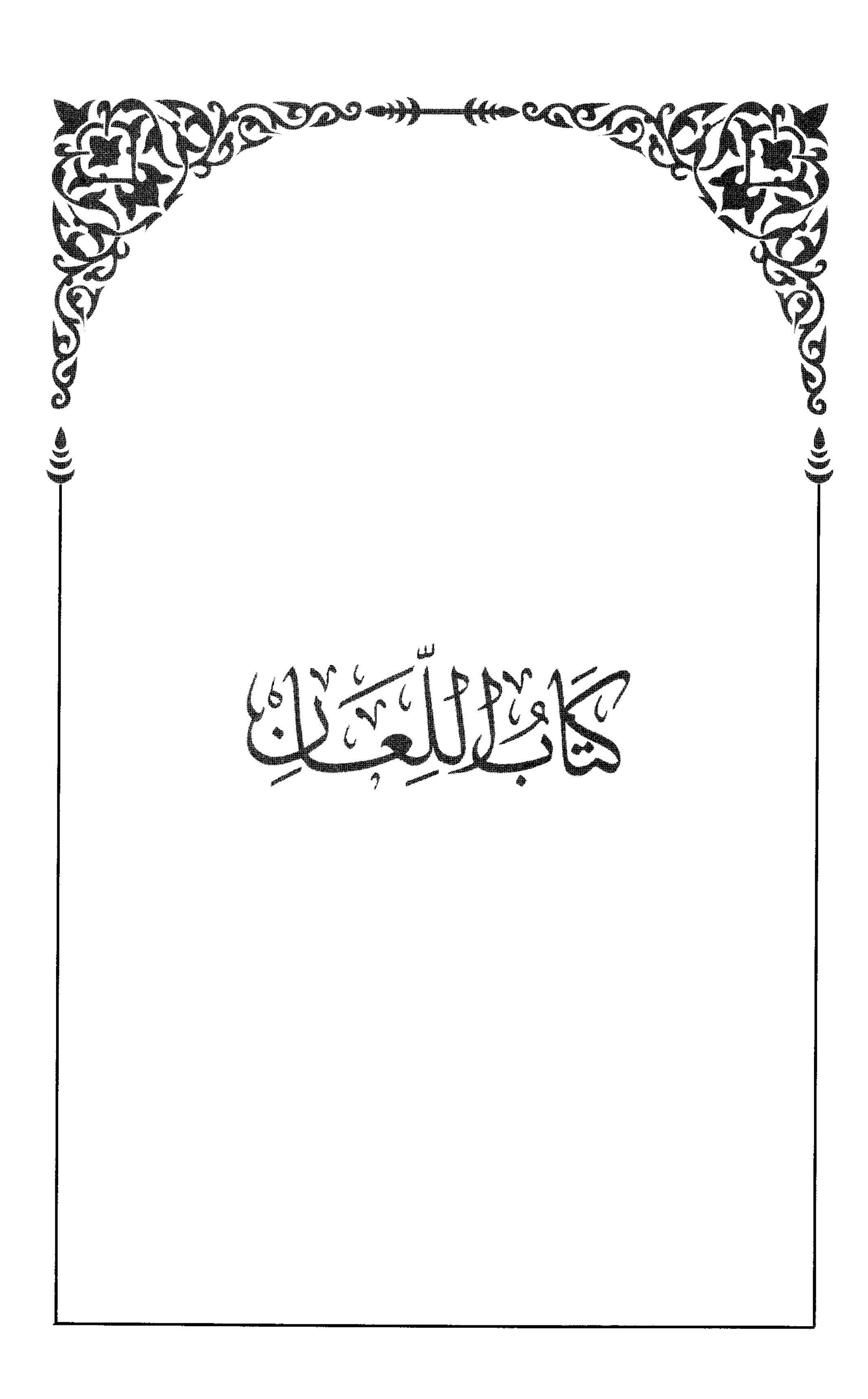
إذا عجز عن الخصال الثلاث . . استقرت الكفارة في ذمته على الأصح ، وإن عجز عن العتق والصوم ولم يملك إلا ثلاثين مداً أو مداً واحداً . . لزمه إخراجه بلا خلاف ؛ إذ لا بدل له ، وإن وجد بعض مد . . ففيه احتمالان للإمام ، قال المصنف : وينبغي أن يجزم بوجوب إخراجه .

وإذا اجتمع عليه كفارتان ولم يقدر إلا علىٰ رقبة . . أعتقها عن إحداهما وصام عن الأخرىٰ إن قدر ، وإلا . . أطعم[١] .

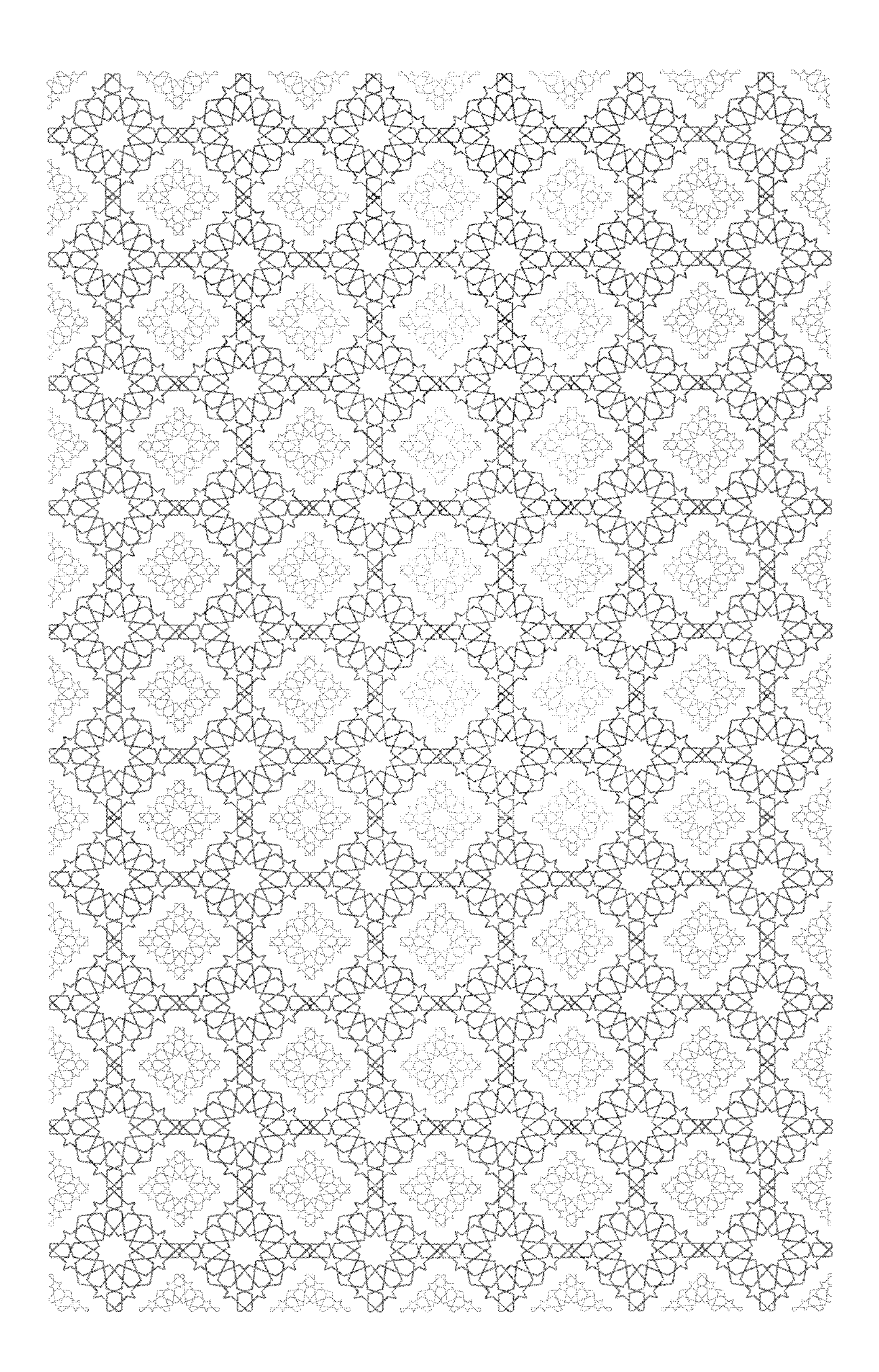
* * *

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .



كتاب اللعان



كِتَابُ ٱللِّعَانِ

. . . .

كتاب اللعان

لفظه مأخوذ من اللعن وهو الإبعاد عن الخير ، وسمي المتلاعنان بذلك لما يعقب اللعان من الإثم والإبعاد ؛ لأن أحدهما كاذب فيكون ملعوناً ، وقيل : لأن كلاً منهما يبعد عن صاحبه بتأبيد الحرمة .

وهو في الشرع : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلىٰ قذف من لطخ فراشه وألحق به العار ، سمي لعاناً لقول الرجل : عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، واختير لفظه علىٰ لفظ الغضب والشهادة وإن كانا موجودين في لعانهما ؛ لأن اللعنة متقدمة في الآية ، ولقوة جانب الرجل لتقدمه ، ولأنه قد ينفك لعانه عن لعانها ولا ينعكس .

والصحيح : أنها أيمان ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في امرأة هلال بن أمية : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن »(١) وقيل : شهادات ، وقيل : يمين فيه شوب شهادة ، وقيل : عكسه .

وليس في الأيمان ما يتعدد إلا اللعان والقسامة ، وليس منها ما يكون من جانب المدعي إلا فيهما ، وذلك رخصة علىٰ خلاف القياس للحاجة إليه .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ الآيات .

وسبب نزولها : أن هلال بن أمية قذف زوجته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بشريك بن السحماء ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « البينة أو حد في ظهرك » فقال : يا رسول الله ؛ إذا رأىٰ أحدنا مع امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟! فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يكرر ذلك فقال هلال : والذي بعثك بالحق! إني لصادق ،

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٧) ، وأبو داوود (٢٢٤٨) ، والترمذي (٣١٧٩) ، والنسائي (٦/ ١٧٢) ، وابن ماجه (٢٠٦٧) ، وغيرهم .

يَسْبِقُهُ قَذْفٌ . وَصَرِيحُهُ ٱلزِّنَا ؛ كَقَوْلِهِ لِرَجُلٍ أَوِ ٱمْرَأَةٍ : زَنَيْتَ أَوْ زَنَيْتِ أَوْ يَا زَانِي أَوْ يَا زَانِيَةُ . . . .

ولينزلن الله ما يبرىء ظهري من الجلد ، فنزلت الآيات .

وروي : أن عويمراً العجلاني قال : يا رسول الله ؛ أرأيت أحدنا إذا وجد مع امرأته رجلاً ما يصنع؟! إن قتله . . قتلتموه ، فكيف يفعل؟ فقال صلى الله عليه وسلم : « قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك قرآناً فاذهب فأت بها » ، فتلاعنا عنده صلى الله عليه وسلم ، كل ذلك في « الصحيح »[1] ، ولهـٰذا جعل بعضهم هـٰذا سبب نزول الآية ، ومن قال بالأول . . حمل هـٰذا علىٰ أن المراد : أن حكم واقعتك تبين بما أنزل في هلال .

قال : (**يسبقه قذف**) ؛ لترتب اللعان عليه ، فلا يجوز أن يلاعن من غير سبق قذف ، وفي عبارة المصنف نظر ؛ لأنه إن أراد أن من شرطه أن يسبقه قذف . . فقد قال الأصحاب : يشترط في اللعان تقدم القذف أو نفي الولد ، فكان ينبغي أن يذكرهما معاً ، وإن أراد أن سببه قذف يسبقه . . فقد قال الشيخان : إن سببه القذف أو نفي الولد ، فكان ينبغي ذكرهما .

قال : (**وصريحه الزنا ؛ كقوله لرجل أو امرأة : زنيتَ أو زنيتِ ، أو يا زاني أو يا زانية**) ألفاظ القذف ثلاثة : صريح وكناية وتعريض ؛ لأن اللفظ المأتي به إن لم يحتمل معنى سوى القذف . . فهو صريح ، وإن احتمله فإما أن يفهم منه القذف بوضعه أم لا ، والأول هو الكناية ، والثاني التعريض ، وذلك محرم إجماعاً ، فأما صراحة لفظ الزنا . . فلتكرره وشهرته ، وكذلك اللفظ المركب من النون والياء والكاف .

ولو قال للمرأة : يا زاني وللرجل يا زانية . . كان قذفاً على المشهور كما سيأتي في نظيره من العتق .

ولو قال لخنثىٰ : زنىٰ ذكرك وفرجك . . كان صريحاً ، ولو ذكر أحدهما . . فالمذهب : أنه كإضافته إلى اليد .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٥) ، ومسلم (١٤٩٢) .

وَٱلرَّمْيُ بِإِيلاَجِ حَشَفَةٍ فِي فَرْجٍ مَعَ وَصْفِهِ بِتَحْرِيمٍ أَوْ دُبُرٍ صَرِيحَانِ . وَزَنَأْتَ فِي ٱلْجَبَلِ كِنَايَةٌ ، . . . .

ولو قال لامرأة : وطئك رجلان في حالة واحدة . . قال في « الحاوي » : يعزر ولا حد ؛ لاستحالته ، وخروجه من القذف إلى الكذب الصريح ، فيعزر للأذىٰ ، كذا في زوائد « الروضة » .

وقال في « المهمات » : يجب عليه الحد ؛ لاحتمال أن يطأ أحدهما في القبل والآخر في الدبر ، فإن صرح بمحل واحد . . فمسلم .

قال : (**والرمي بإيلاج حشفة في فرج مع وصفه بتحريم أو دبر صريحان**) ؛ لاشتهار ذلك عرفاً ، ففي الإيلاج في الفرج لا بد من وصفه بالحرمة ؛ لأنه قد يكون حلالاً وقد يكون حراماً ، والإيلاج في الدبر لا يكون إلا حراماً ، سواء وصف به الرجل أو المرأة ، فلذلك قيد المصنف الأول وأطلق الثاني .

وأما قوله : يا لوطي . . فقال الرافعي : إنه كناية ؛ لاحتمال إرادة أنه علىٰ دين قوم لوط عليه السلام ، وقال في « الروضة » : ينبغي أن يقطع بأنه صريح ؛ لبعد هٰذا الاحتمال ، وبه قطع صاحب « التنبيه » ، فالصواب : الجزم بصراحته ، وقال في « التصحيح » : الصواب : أنه كناية .

ولو رماه بإتيان البهيمة . . فهو قذف إن قلنا : يوجب الحد .

قال : (**وزنأت في الجبل**) أي : بالهمزة (**كناية**) وكذلك زنأت في السلم .

الزنء في الجبل : الصعود فيه ، قالت منفوسة بنت زيد الخيل ترقص ولدها [من الرجز] :

أَشبه أبا أمك أو أَشبه عمل ... ولا تكونن كهِلَّوف وَكَل

يصبح في مضجعه قد انجدل ... وأرْقَ إلى الخيرات زَنْأً في الجبل

وعمل : اسم رجل ، وهو خاله ، والهِلَّوف : الثقيل الجافي العظيم الجثة ، والوكل : الذي يتكل علىٰ غيره في أموره .

وقيل : إن كان قائل ذلك من غير أهل العربية . . فليس بقذف ، وإلا . . كان قذفاً ،

وَكَذَا زَنَأْتَ فَقَطْ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَزَنَيْتِ فِي ٱلْجَبَلِ صَرِيحٌ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَقَوْلُهُ : يَا فَاجِرُ ، يَا فَاسِقُ ، وَلَهَا : يَا خَبِيثَةُ ، وَأَنْتِ تُحِبِّينَ ٱلْخَلْوَةَ ، وَلِقُرَشِيٍّ : يَا نَبَطِيُّ ، وَلِزَوْجَتِهِ : لَمْ أَجِدْكِ عَذْرَاءَ كِنَايَةٌ ، فَإِنْ أَنْكَرَ إِرَادَةَ قَذْفٍ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ . . . .

فلو قال : زنأت في البيت وهمز . . فهو قذف على الصحيح عند القاضي والبغوي .

وقال غيرهما : إن لم يكن للبيت درج يصعد إليه منها . . كان قذفاً قطعاً ، وإن كان . . فوجهان .

قال : (**وكذا زنأت فقط في الأصح**) إذا همز ؛ لأن ظاهره الصعود ، وكذلك لو قال : يا زاني في الأصح .

والثاني : أنه قذف .

والثالث : إن عرف معناه . . فليس بقذف إلا بنية ، وإلا . . فقذف .

قال : (**وزنيت في الجبل صريح في الأصح**) كما لو قال : في الدار .

والثاني : أنه كناية ، قاله في « التلخيص » ؛ لأن الياء قد تقام مقام الهمزة .

والثالث : صريح في العالم باللغة دون غيره .

قال : (**وقوله : يا فاجر يا فاسق ، ولها : يا خبيثة وأنت تحبين الخلوة ، ولقرشي : يا نبطي ، ولزوجته : لم أجدك عذراء كنايةٌ**) إن أراد به النسبة إلى الزنا . . كان قذفاً ، وإلا . . فلا .

قال : (**فإن أنكر إرادة القذف . . صدق بيمنيه**) ؛ لأنه أعرف بمراده ، وإذا عرضت اليمين عليه . . ليس له أن يحلف كاذباً دفعاً للحد ، وإن خلي ولم يحلف . . فالأشبه : أنه يجب عليه الإظهار في الكناية ، وفيما إذا قذف سراً ليستوفي منه الحد وتبرأ ذمته ، كمن قتل نفساً ظلماً . . فإن عليه إظهار ذلك لوليه ؛ ليقتص أو يعفو ، وهـٰذا قول من يوجب الحد بينه وبين الله تعالىٰ ، أما إذا قذفه بحيث لا يسمعه أحد . . فسيأتي في (باب حد القذف) .

و(النبطي) : منسوب إلى الأنباط ، وهم قوم ينزلون البطائح بين العراقين ،

وَقَوْلُهُ : يَا ٱبْنَ ٱلْحَلَالِ ، وَأَمَّا أَنَا فَلَسْتُ بِزَانٍ وَنَحْوُهُ . . تَعْرِيضٌ لَيْسَ بِقَذْفٍ وَإِنْ نَوَاهُ . وَقَوْلُهُ : زَنَيْتُ بِكِ إِقْرَارٌ بِزِناً وَقَذْفٌ . . . .

والجمع أنباط ، سموا بذلك لأنهم يستنبطون الماء ؛ أي : يخرجونه من الأرض .

وكذلك الحكم لو قال لها : يا فاسقة ، أو فلانة لا ترد يد لامس ، أو للرجل : نذل ، فإن أراد النسبة إلى الزنا . . كان قذفاً .

تنبيهان :

أحدهما : قوله لقرشي : يا نبطي ، كذا في « المحرر » و« الروضة » وبعض نسخ « الشرح » الصحيحة ، أو لعربي : يا نبطي ، وكذا قاله الشافعي وغيره وهو أشمل ؛ لأنه ربما يوهم قصره على القرشي ، وقوله للنبطي : يا قرشي ، وللتركي : يا هندي وبالعكس كذلك ، ولو قال لعلوي : لست ابن علوي ، ثم قال : أردت أنه ليس من أصله ، بل بينه وبينه آباء ولم يصدقه المقذوف . . فالقول قول المقذوف ، فإن نكل . . حلف القاذف وعزر ولم يحد .

الثاني : تقييد قوله : (لم أجدك عذراء) بزوجته يفهم أن الأجنبي ليس كذلك ، والمقطوع به أنه مثله ، فلا يظهر للتقييد بالزوج فائدة ، والأصحاب أطلقوا المسألة ، ويظهر أنها مصورة فيمن لم يعلم لها تقدم افتضاض مباح ، فإن علم فليس بشيء جزماً .

قال : (**وقوله : يا ابن الحلال ، وأما أنا فلست بزان ونحوه . . تعريضٌ ليس بقذف وإن نواه**) ؛ لأن النية إنما تؤثر حيث احتمل اللفظ المنوي وههنا لا دلالة في اللفظ ولا احتمال ، وما يفهم ويتخيل منه . . فهو من قرائن الأحوال ، كمن حلف لا يشرب له ماء من عطش ونوىٰ أن لا يتقلد له منّة ؛ فإنه إن شربه من غير عطش . . لا يحنث ، وفي وجه : أن هـٰذه الألفاظ كناية ، إذا انضمت إليها النية . . كانت قذفاً اعتماداً على الفهم وحصول الإيذاء ، وإلىٰ هـٰذا ذهب جماعة من العراقيين ، وهو ظاهر النص .

وعن مالك وأحمد أنها صريحة في حال الغضب ، وربما أطلق النقل عن مالك ، وعندنا لا يختلف الحكم بذلك .

قال : (**وقوله : زنيت بك إقرارٌ بزناً وقذف**) ، سواء قاله لامرأته أو أجنبية فيجب

وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ : يَا زَانِيَةُ ، فَقَالَتْ : زَنَيْتُ بِكَ أَوْ أَنْتَ أَزْنَىٰ مِنِّي . . فَقَاذِفٌ وَكَانِيَةٌ ، فَلَوْ قَالَتْ : زَنَيْتُ وَأَنْتَ أَزْنَىٰ مِنِّي . . فَمُقِرَّةٌ وَقَاذِفَةٌ . . . .

عليه حد الزنا والقذف ، وتقدم حد القذف ؛ لأنه حق آدمي ، فإن رجع . . سقط حد الزنا دون حد القذف .

قال : (**ولو قال لزوجته : يا زانية ، فقالت : زنيت بك أو أنت أزنىٰ مني . . فقاذف وكانية**) أما كونه قاذفاً . . فلأنه أتىٰ بلفظه الصريح ، وأما هي فليست بمصرحة ؛ لأن الجواب محتمل ، فإن أرادت حقيقة الزنا وأنها زنت قبل النكاح . . فهي مقرة علىٰ نفسها مصدقة للزوج وقاذفة له ، وإن أرادت أنها زنت ولم يزن هو . . كأنها تقول : زنيت بك قبل النكاح وهو مجنون أو نائم . . فيسقط عنه حد القذف ويثبت عليها حد الزنا بإقرارها ولا تكون قاذفة ، ولو قالت : أردت أني لم أزن لأني لا يجامعني غيره ، وإنما يجامعني هو في النكاح ، فإن كان ذلك زناً . . فهو زان أيضاً ، فتصدق بيمينها ولا حد عليها وعلى الزوج حد القذف ، فإن نكلت . . حلفت واستحق حد القذف .

وأما قولها : (أنت أزنىٰ مني) . . فليس بقذف إلا أن تريده ؛ لاحتمال أن تريد أنه أهدىٰ إلى الفجور وأحرص عليه منها ، أو أنه لم يجامعها غيره فإن كانت زانية . . فهو أزنىٰ منها .

قال : (**فلو قالت : زنيت وأنت أزنىٰ مني . . فمقرة وقاذفة**) سواء قالته جواباً له أو مبتدئة ؛ لأن كلمة المبالغة وإن كانت تقتضي الاشتراك في الأصل والاختصاص بالزيادة ولـٰكن قولها : (أنت أزنىٰ مني) خارج مخرج الذم والمشاتمة ، ومثل ذلك لا يحتمل في وضع اللسان كما في قوله تعالىٰ حكاية عن يوسف إذ قال لإخوته : ﴿أَنتُمْ شَرٌّ مَّكَانًا﴾ .

ولو قال لغيره : أنت أزنى الناس أو أزنىٰ من الناس أو يا أزنى الناس . . لم يكن قاذفاً إلا أن يريده ، كذا نص عليه الشافعي والأصحاب وخالفهم صاحب « الحاوي » فقال : الصحيح أنه قذف صريح ، وأما الجمهور فقالوا : هـٰذا ظاهره نسبة الناس كلهم إلى الزنا وأنه أكثر زناً منهم ، وهـٰذا متيقن البطلان ، قالوا : فلو فسر وقال : أردت ذلك . . لم يكن قذفاً ؛ لتحقق كذبه .

وَقَوْلُهُ : زَنَىٰ فَرْجُكِ أَوْ ذَكَرُكَ قَذْفٌ . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّ قَوْلَهُ : يَدُكَ وَعَيْنُكَ ، وَلِوَلَدِهِ : لَسْتَ مِنِّي أَوْ لَسْتَ ٱبْنِي . . كِنَايَةٌ ، وَلِوَلَدِ غَيْرِهِ : لَسْتَ ٱبْنَ فُلاَنٍ . . صَرِيحٌ إِلاَّ لِمَنْفِيٍّ بِلِعَانٍ . . . .

فرعان :

أحدهما : قال لامرأته : يا زانية بنت الزانية . . وجب حدان ، فإن حضرتا وطالبتاه . . بُدىء بحد الأم ؛ لأنه واجب بالإجماع ، وقذف الزوجة مختلف فيه والزوج متمكن في إسقاطه باللعان ، بخلاف حد أمها ، وقيل : يبدأ بحد البنت ؛ لأن حدها أسبق كالقصاص ، وقيل : يقرع بينهما .

الثاني : قذف امرأة رجل فقال له الرجل : صدقت . . قال البندنيجي في « المعتمد » : لا نص فيها للشافعي ، والذي يأتي علىٰ مذهبه أنه إن نوىٰ بتصديقه القذف . . كان قاذفاً ، وإلا . . فلا ، وجعله أبو ثور قذفاً مطلقاً .

وقال أبو حنيفة : ليس بقذف مطلقاً بناء علىٰ أصله : أن القذف لا يكون بالكناية .

قال : (**وقوله : زنىٰ فرجك أو ذكرك قذف**) بالاتفاق ؛ لأنه آلة ذلك العمل .

قال : (**والمذهب : أن قوله : يدك وعينك ، ولولده : لست مني أو لست ابني . . كنايةٌ ، ولولد غيره : لست ابن فلان . . صريحٌ إلا لمنفي بلعان**) أما الأولىٰ . . فلأن المقصود من زنا هـٰذه الأعضاء اللمس والمشي والنظر .

وفي « الصحيحين » [خ ٦٢٤٣ـ م ٢٦٥٧/٢١] : « العينان تزنيان واليدان تزنيان » فلا يصرف الزنا الحقيقي إلا بالإرادة ، ولهـٰذا لو نسب ذلك إلىٰ نفسه . . لم يكن إقراراً بالزنا قطعاً .

والطريقة الثانية : حاكية لوجهين أو لقولين ، ووجه من قال : إنه قذف ـ وبه قال مالك ـ أنه أضاف الزنا إلىٰ عضو منه ، فأشبه ما إذا أضافه إلى الفرج .

وقيل : إن قال : يداك أو عيناك . . فكناية قطعاً ؛ لمطابقة لفظ الحديث ، وإلا فوجهان لو قال : زنىٰ بدنك ـ بالنون ـ فأصح الوجهين ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : أنه صريح في القذف لإضافته الزنا إلى الجملة .

. . . .

وأما الثانية : وهي إذا قال لابنه اللاحق به ظاهراً : لست ابني أو لست مني . . فالنص أنه كناية لا يكون قاذفاً إلا أن يريد القذف .

ولو قال لأجنبي : لست ابن فلان . . فالنص أنه قاذف لأمه ، وفيه طرقٌ :

المذهب : تقرير النصين ؛ لأن الأب يحتاج إلىٰ تأديبه ، وهـٰذا ضرب منه ، بخلاف الأجنبي .

والثاني : فيهما قولان : أحدهما : صريح فيهما ، وأقيسهما : كناية .

فعلى المذهب : إذا قال ذلك . . نستفسره ، فإن قال : أردت أنه من زناً . . فقاذف ، وإن قال : لا يشبهني خلقاً وخلقاً . . صدق بيمينه إن طلقها ، فإن نكل . . حلفت واستحقت حد القذف ، وله أن يلاعن لإسقاطه على الصحيح ، وإن قال : أردت أنه من وطء شبهة . . فلا قذف .

ولو قال رجل لأخيه : لست أخي . . فالظاهر أنه كناية ، وأما ولد غيره المنفي باللعان ، فإذا قال له : لست ابن فلان الملاعن . . فإنه لا يكون قاذفاً لأمه ؛ لأنه ملاعن محتمل فيسأل ، فإن قال : أردت تصديق الملاعن في أن أمه زانية . . فالظاهر أنه كناية ، فهو قاذف ، وإن أراد أن الملاعن نفاه أو أنه منفي شرعاً أو لا يشبهه خلقاً وخلقاً . . صدق بيمينه ، فإذا حلف . . قال القفال يعزر للإيذاء ، وإن نكل . . حلفت الأم أنه أراد قذفها واستحقت الحد عليه .

هـٰذا إذا لم يستلحقه النافي ، فإن استلحقه ثم قال له قائل ذلك . . فالظاهر أنه قاذف ، فيحد من غير أن يسأل عن مراده ، فإن ادعى احتمالاً ممكناً كقوله : لم يكن ابنه حين نفاه . . قبل قوله بيمينه ولا حد .

فروع :

النسبة إلىٰ سائر الكناية غير الزنا والإيذاء بسائر الوجوه لا يتعلق به حد قذف ، ويجب فيه التعزير ، وكذا لو قال لها : زنيت بفلانة أو زنت بك ، وسواء في القذف عندنا حالة الرضا والغضب .

وَيُحَدُّ قَاذِفُ مُحْصَنٍ ، وَيُعَزَّرُ غَيْرُهُ . وَٱلْمُحْصَنُ : مُكَلَّفٌ ، حُرٌّ ، مُسْلِمٌ ، عَفِيفٌ عَنْ وَطْءٍ يُحَدُّ بِهِ . . . .

وقال ابن القطان : لو قال له : يا بغياً ، أو لها : يا قحبة . . لم يكن قذفاً إلا أن ينويه ؛ لأنه ليس بصريح ، ومقتضىٰ كلام المصنف في آخر (طلاق) « الروضة » أنه صريح ، وبه جزم ابن عبد السلام ، وأفتىٰ بأن قوله : يا مخنث صريح للعرف .

وفي « شرح الكفاية » للصيمري : أنه لو قال : يا مأبون . . كان كناية ، وبه أفتى المصنف ، وكذا قوله : يا سائب إن كان يطلق في العرف للنسبة إلى الزنا .

وقوله : يا قواد . . الأصح : أنه كناية في قذف زوجته ، وقيل : صريح ؛ لجريان العادة بالقذف به ، وقيل : صريح في حق العامي .

وفي « التهذيب » : أن قوله للمرأة : يا قوادة كنايةٌ ، وفيه نظر ؛ لأنه لا إشعار له بقذفها نفسها ، ولو قال يا عاهر . . ففي كونه صريحاً وجهان .

قال : (**ويحد قاذف محصن**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ .

وشمل إطلاقه من ليس له وارث ، والأصح أنه يحد سواء قذفه حياً ثم مات أو قذفه ميتاً ، فإن الإمام يحده نيابة عن المسلمين ، وله أن يعفو عنه أيضاً ، وسيأتي هـٰذا عند قول المصنف : (وحد القذف يورث) .

قال : (**ويعزر غيره**) كالعبد والذمي والصبي والزاني ؛ للإيذاء ، وإنما لم يحد ؛ لأن الله تعالىٰ خص الحد بالمحصن ، ومراد المصنف : أن قاذف غير المحصن يعزر كما عبر به في « المحرر » لا غير قاذف المحصن ؛ فإن الثاني يشمل من لم يقذف أصلاً .

قال : (**والمحصن : مكلف ، حر ، مسلم ، عفيف عن وطء يحد به**) ؛ لأن الله تعالىٰ شرط فيه الإحصان وهو الكمال ، وأضداد ما شرطناه نقص .

قال صلى الله عليه وسلم : « من أشرك بالله . . فليس بمحصن »[1] وإنما جعل

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/١٤٧) موقوفاً على ابن عمر ، وكذا ابن أبي شيبة (٦/٥٤٨) ، =

وَتَبْطُلُ ٱلْعِفَّةُ بِوَطْءِ مَحْرَمٍ مَمْلُوكَةٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، لاَ زَوْجَتِهِ فِي عِدَّةِ شُبْهَةٍ وَأَمَةِ وَلَدِهِ وَمَنْكُوحَتِهِ بِلاَ وَلِيٍّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

الكافر محصناً في حد الزنا ؛ لأن حده إهانة له والحد له إكرام ، وأما اعتبار العفة عن وطء يحد به . . فلأن من زنىٰ لا يتعير به ، وشمل ذلك ما إذا وطىء جارية زوجته أو أحدِ أبويه ، ووطء المرتهن[1] المرهونة عالماً بالتحريم ، وكذا إذا أولج في دبر ، خلافاً للبغوي .

قال في « البسيط » : وهـٰذا كالأصل في الصفات وباقيها كالتتميم ، ولهـٰذا أخره المصنف علىٰ طريقة الترقي .

واحترز عما لا يوجب الحد كوطء المملوكة المحرمة بالرضاع ، أو الجارية المشتركة ، أو جارية الابن ، لـٰكن يرد عليه وطء زوجته في دبرها ؛ فإنه يبطل الإحصان ولا يحد به على الأصح ، وكذلك وطء المحرم المملوكة كما سيأتي .

ولا يشترط في ثبوت العفة البحث عنها على الأصح ، بل يحصل باشتهار الخير والعفاف ، وقيل : لا بد من البحث كالعدالة ، والفرق أن القاذف عاص بالقذف فغلظ عليه بالحد بظاهر الإحصان ، بخلاف الشهادة[2] .

قال : (**وتبطل العفة بوطء محرم مملوكة على المذهب**) كأخته أو عمته بنسب أو رضاع ؛ لدلالته علىٰ قلة مبالاته ، بل غشيان المحارم أشد من مباشرة الأجنبيات .

قال : (**لا زوجته في عدة شبهة وأمة ولده ومنكوحته بلا ولي في الأصح**) ؛ لأنه وطء يثبت به النسب ، ولا يتعلق به الحد فأشبه الوطء الحرام الواقع في الملك .

والثاني : تبطل العفة ؛ لوقوعه في غير الملك كالزنا ، ولأن الشبهة تسقط الحد عن الواطىء ، فكذلك يسقط حد القذف عن القاذف ، وقول الأصحاب : (إن وطء أمة ولده لا يبطل الحصانة) يجب تقييده بغير المستولدة والموطوءة ؛ فإنا إذا حددناه به . .

= وأخرجه البيهقي (٨/ ٢١٦) مرفوعاً .

(١) في النسخ : (الراهن) ، والتصويب من هامش (ز) .

(٢) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

أبطلنا به حصانته ، ووطء الجارية المشتركة بين الواطىء وغيره من هـٰذا القبيل .

وقوله : (بلا ولي) تبع فيه « المحرر » ، وفي « الشرح » و« الروضة » بلا ولي ولا شهود ، والذي في الكتاب أصوب ، ومثله الوطء في المتعة والشغار .

وعلم من ذلك أن مقدمات الزنا كالمراودة عليه والقبلة واللمس لا يقدح في الإحصان بحال ، وللشيخ أبي محمد فيه احتمال ، قال الإمام : ليس بشيء .

ووطء الزوجة في الحيض وفي الإحرام أو الاعتكاف أو قبل تكفير الظهار . . لا يبطل العفة ، وقيل : وجهان .

قال : (**ولو زنىٰ مقذوف**) أي : قبل أن يحد له (. . **سقط الحد**) ؛ لأن الإحصان لا يستيقن ولـٰكن يظن ، وطروء الزنا يخدش الظن السابق ، فأشبه ما إذا شهد شاهدان ظاهرهما العدالة ثم ظهر فسقهما قبل الحكم .

والمراد : أن زناه ثبت بإقراره أو ببينة ؛ لأن ظهور ذلك يدل علىٰ تكرره منه ، فإن عمر رضي الله عنه حمل إليه زان فقال : والله ما زنيت قبلها فقال له : (كذبت إن الله لا يفضح عبده بأول معصية)[1] .

كذا استدل به الرافعي ، وهو في « البيهقي » [٨/٢٧٦] بإسناد جيد ، لـٰكن القصة في سارق لا في زان ، هـٰذا هو الجديد .

ونقل عن القديم أن قاذفه يحد ، وإليه ذهبت طائفة من الأصحاب ، واختاره المزني وابن سريج والإمام ؛ لأن الذنب الطارىء بعد وجوب الحد لا يمنع من إقامته كما لو ارتد المقذوف أو نقصت قيمة المسروق .

وحكم الوطء المحرم المسقط للإحصان كما بيناه إذا طرأ بعد القذف حكم الزنا ، وإذا أقر المقذوف ثم رجع عن الإقرار . . لا يقبل رجوعه في حق القاذف ، ولا يلزمه حد القذف ؛ لأن رجوعه إنما أفاد درأ الحد عنه لا ثبوته على القاذف بعد سقوطه .

قال : (**أو ارتد . . فلا**) نص الشافعي في المسألة المتقدمة علىٰ سقوط الحد ،

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٣/ ٢٢٤) .

وَمَنْ زَنَىٰ مَرَّةً ثُمَّ صَلُحَ . . لَمْ يَعُدْ مُحْصَناً . . . .

وفي هٰذه علىٰ عدمه ، واعترض المزني عليه ، وأخذ الجمهور بالنصين ، ومنهم من خرج من كل مسألة في الأخرىٰ وجهاً .

والفرق : أن الزنا يكتم ما أمكن ، فإذا ظهر . . فالغالب سبق مثله ، والردة عقيدة ، والعقائد لا تخفىٰ غالباً ، فإظهارها لا يدل علىٰ سبق الإخفاء ، والحكم لا يختص بطروء الردة ، بل صدور السرقة من المقذوف أو القتل بعد القذف أو قبله يؤثر ؛ لأن فقدان ذلك ليس من شرط الإحصان ، وإنما ذكر المصنف الردة ليفهم أن ما عداها من باب أولىٰ

فرع :

لو لم تقم بينة . . فليس للقاذف إحلاف المقذوف علىٰ أنه لم يزن في الأظهر ؛ لأن شريك بن السحماء سئل فأنكر فلم يحلفه النبي صلى الله عليه وسلم .

قال الرافعي : ومقابله موافق لقول الأكثرين ، ويعضده قول القاضي حسين : لو قذف ميتاً وأراد تحليف ورثته أنهم لا يعلمونه زانياً . . فله ذلك في الأصح ، فعلىٰ هٰذا : إن نكل المقذوف . . حلف القاذف وسقط حد القذف ، ولا يحد المقذوف للزنا على الأصح ؛ لأن الزنا لا يثبت بعدلين فكيف يثبت باليمين المردودة .

قال : (**ومن زنىٰ مرة ثم صلح . . لم يعد محصناً**) ولو أقام مئة عام ، ولو لازم العدالة وصار من أورع خلق الله تعالىٰ وأزهدهم ؛ لأن العرض إذا انثلم لا يسد بالتوبة ، فلأجل ذلك لا يحد قاذفه ولٰكن يعزر للإيذاء ، واستشكل بأن التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، ويؤيده عود أهلية الشهادة ، وسواء قذفه بذلك الزنا أم بزناً بعده ، قال الإمام : هٰذا ظاهر إذا قذفه بذلك الزنا أو أطلق ، أما إذا قذفه بزناً بعده . . فيظهر أنه يحد إذا ظهرت التوبة وقبلت الشهادة قبل الزنا الذي رماه به .

ويجري هٰذا الخلاف فيما إذا زنىٰ كافر ثم أسلم أو رقيق ثم عتق وصلحت سريرتهما فقذفا بزناً آخر ، بخلاف ما إذا وطىء الصبي أو المجنون علىٰ صورة الزنا . . فإن قاذفهما يحد بعد البلوغ والإفاقة .

وَحَدُّ ٱلْقَذْفِ يُورَثُ وَيَسْقُطُ بِعَفْوٍ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَرِثُهُ كُلُّ ٱلْوَرَثَةِ ، . . . .

قال : (**وحد القذف يورث**) كسائر الحقوق ، ولو قال : وموجب القذف . . كان أحسن ؛ فإن تعزيره أيضاً يورث .

ولا فرق بين أن يكون له وارث خاص أم لا على الأصح ، ويحده الإمام نيابة عن المسلمين كما تقدم .

وشمل كلامه ما إذا قذف عبداً ومات العبد قبل الاستيفاء ، والأصح : يستوفيه السيد لا علىٰ سبيل الإرث ، ولـٰكنه أخص الناس به ، فما ثبت له في حياته . . يكون له بعد وفاته بحق الملك كمال المكاتب .

وعلم من تعبيره بالإرث أنه لا يرثه الكافر والرقيق ، فلو مات المقذوف مرتداً قبل استيفاء الحد فهل يسقط أو للوارث استيفاؤه؟ قال ابن أبي الدم : لم أر فيه نقلاً .

قال : (**ويسقط بعفو**) ؛ لما روى الشيخان عن أبي ضمضم أنه كان إذا أصبح تصدق بعرضه ، والمخالف في ذلك أبو حنيفة ، ولو عفا عن بعضه . . لم يسقط شيء منه كما صححه الرافعي في (كتاب الشفعة) .

وكذلك التعزير يسقط بالعفو كما في « الروضة » ، ولم يتعرض له الرافعي ، وهو مخالف لما صححه في (باب التعزير) من أن للإمام أن يستوفيه مع العفو .

ولو قذف إنساناً ثم ورثه . . سقط الحد ولا يتصور نظيره في القصاص ؛ لعدم الميراث .

وفي « فتاوى الحناطي » : لو عفا وارث المقذوف عن الحد علىٰ مال . . سقط الحد ولا يجب المال على الأظهر ، وأنه لو اغتاب شخصاً ثم سأل التحليل من وراثه . . لم يؤثر تحليله .

قال : (**والأصح : أنه يرثه كل الورثة**) كالمال والقصاص ، فيقدم من تقدم في (الإرث) .

والثاني : جميعهم غير الزوجين ؛ لارتفاع النكاح بالموت .

والثالث : رجال العصبات فقط ؛ لأنه لدفع العار فاختص بهم .

والرابع : رجال العصبة سوى البنين كالتزويج .

وَأَنَّهُ لَوْ عَفَا بَعْضُهُمْ . . فَلِلْبَاقِي كُلُّهُ .

فَصْلٌ :

لَهُ قَذْفُ زَوْجَةٍ عَلِمَ زِنَاهَا . . . .

والمراد : أنه يثبت جميعه لكل واحد لا أنه يثبت لكل واحد حد كامل ، وإلا . . لزم تعدده بتعدد الورثة ، فيثبت لكل واحد علىٰ جهة البدل عكس القصاص ؛ فإنه يثبت لهم مبعضاً ، ولذلك صرح الماوردي بأن لبعض الورثة طلب الحد مع غيبة الباقين أو صغيرهم ، بخلاف القصاص .

قال : (**وأنه لو عفا بعضهم . . فللباقي كله**) كولاية التزويج وحق الشفعة .

والثاني : يسقط جميعه كالقصاص ، ورد بأنه لا بدل لهـٰذا ، بخلاف القصاص .

والثالث : يسقط نصيب العافي ويستوفى الباقي ؛ لأنه قابل للتقسيط ، بخلاف القصاص ، وهل يجري هـٰذا الخلاف في عفو بعض المسلمين إذا لم يكن له وراث خاص؟ فيه نظر .

تتمة :

قذف عبداً . . ثبت له التعزير دون سيده ؛ لأن السيد لا يملك عرضه ، ولو قذفه المولىٰ . . عزره القاضي ؛ لتصرفه فيما ليس له ، وفي وجه : ليس له طلب التعزير ، بل يقال للسيد : لا تعد ، فإن عاد . . عزره .

قال : (**فصل**) هـٰذا معقود لأحكام قذف الزوجة خاصة ، وهو كغيره في ألفاظه ، صرائحه وكناياته ووجوب الحد به ، لـٰكنه قد يباح أو يجب ، وله أن يسقطه باللعَان .

وروىٰ مسلم [١٦٦٠] عن أبي هريرة قال : حدثني أبو القاسم ـ ولفظ البيهقي [٨/ ١٠] : أبو القاسم نبي التوبة ـ صلى الله عليه وسلم قال : « من قذف مملوكاً بريئاً مما قال . . أقيم عليه الحد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال » .

قال : (**له قذف زوجة علم زناها**) كما إذا رأىٰ ذلك عياناً .

أَوْ ظَنَّهُ ظَنّاً مُؤَكَّداً كَشَيَاعِ زِنَاهَا بِزَيْدٍ مَعَ قَرِينَةٍ بِأَنْ رَآهُمَا فِي خَلوَةٍ . . . .

وفي « سنن أبي داوود » : أن هلال بن أمية جاء أهله عشاء فرأىٰ بعينه وسمع بأذنه ، فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فكره النبي صلى الله عليه وسلم ما جاء به ، فنزلت الآية ، لـٰكن الأولىٰ له أن يلاعن ، لـٰكن صرح الشيخ عز الدين في هـٰذه الحالة بوجوب الملاعنة دفعاً للحد عن ظهره .

قال : (**أو ظنه ظناً مؤكداً كشياعِ زناها بزيد مع قرينة بأن رآهما في خلوة**) ؛ لأن الظن مع هـٰذه القرينة تلحقه بالعلم ، فلا بد من الشيوع مع القرينة ، فلو تجردت الاستفاضة عن القرينة . . لم يجز اعتمادها ؛ إذ قد تستند إلىٰ خبر كاذب ، وعن الداركي أنها تكفي ، وبه أجاب القاضي حسين ، ورجحه الماوردي ، ووجهه بأنها أقوىٰ من خبر الواحد ، وقد جعلت في القسامة لوثاً ، ويجوز له الحلف على القتل بها فيجعل من شواهد القذف .

ولو أخبرته الزوجة بزناها ووقع في قلبه صدقها . . جاز اعتماده وقذفها وإن كانت فاسقة ؛ لأنه من باب المؤاخذة لا من باب الإخبار ، وذلك أبلغ في الظن من خبر العدل ؛ لأن شأنها الكتمان لا سيما من الزوج .

ولو سمعه ممن يثق به . . فله اعتماده إن لم يكن من أهل الشهادة .

وذكر الإمام والغزالي وغيرهما : أنه لو رآها معه مرات في محل الريبة . . كان كالاستفاضة مع الرؤية مرة ، وكذا لو رآها معه تحت شعار علىٰ هيئة منكرة .

وما لم يكن هناك ولد . . لا يجب على الزوج القذف ، بل يجوز أن يستر عليها ويفارقها بغير لعان .

ولو أمسكها . . لم يحرم ؛ لما روىٰ أبو داوود [٢٠٤٢] والنسائي [٦٧/٦] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءه رجل فقال : يا نبي الله ؛ إن لي امرأة لا ترد يد لامس ، قال : « طلقها » قال : إني أحبها ، فقال : « أمسكها » .

قيل : معنىٰ : (لا ترد يد لامس) تجيب من أرادها ، وخاف النبي صلى الله عليه وسلم إن أوجب عليه طلاقها أن تتوق نفسه إليها فيقع في الحرام ، وقيل : معناه أنها تعطي من ماله من يطلب منها ، وهـٰذا أشبه .

وَلَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ . . لَزِمَهُ نَفْيُهُ . وَإِنَّمَا يَعْلَمُ إِذَا لَمْ يَطَأْ ، أَوْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ ٱلْوَطْءِ أَوْ فَوْقَ أَرْبَعِ سِنِينَ ، فَلَوْ وَلَدَتْهُ لِمَا بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَسْتَبْرِىءْ بِحَيْضَةٍ . . حَرُمَ ٱلنَّفْيُ ، . . . .

قال أحمد : لم يكن ليأمره بإمساكها وهي تفجر ، وقد قال علي وابن مسعود : إذا جاءكم الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . . فظنوا به الذي هو أهدىٰ وأتقىٰ .

قال : (**ولو أتت بولد علم أنه ليس منه . . لزمه نفيه**) ؛ لأن ترك النفي يتضمن الإلحاق ، ولا يجوز له استلحاق من ليس منه ، كما لا يجوز له نفي من هو منه .

وفي وجه ضعيف : أنه يجوز ؛ لأن اقتحام اللعان شهرة وفضيحة يصعب احتمالها علىٰ ذوي المروءات .

قال : (**وإنما يعلم إذا لم يطأ ، أو ولدته لدون ستة أشهر من الوطء أو فوق أربع سنين**) ؛ لأن الحمل لا يكون في أقل من ستة أشهر ولا أكثر من أربع سنين فيلزم أن يكون من غيره ، لـٰكن يرد عليه ما لو استدخلت ماءه . . فلا يحل له النفي وإن كان يعلم أنه لم يطأ ، ولو طهرت من الحيض ولم يطأها في ذلك الطهر ورآها تزني وأتت بولد يمكن أن يكون من الزاني . . فقال العراقيون يجب عليه قذفها ولعانها ونفيه وسيأتي .

قال : (**فلو ولدته لما بينهما ولم يستبرىء بحيضة . . حرم النفي**) ولا عبرة بريبة يجدها في نفسه أو شبهة تخيل إليه فساداً ، ففي « سنن أبي داوود » و« النسائي » و« ابن ماجه » و« ابن حبان » و« الحاكم » عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة أدخلت في قوم من ليس منهم . . فليست من الله في شيء ، ولم يدخلها جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه . . احتجب الله عنه ، وفضحه علىٰ رؤوس الخلائق يوم القيامة » .

فرع :

لو رأىٰ فيه شبهاً بغيره . . فقيل : له نفيه باللعان ؛ لأن للشبه أثراً في النسب ، فيجوز القذف والنفي به ، والصحيح : أنه ليس له النفي ؛ لما روىٰ مسلم [١٥٠٠] عن

وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ ٱلِاسْتِبْرَاءِ . . حَلَّ ٱلنَّفْيُ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ وَطِىءَ وَعَزَلَ . . حَرُمَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه أعرابي فقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسود ، فقال : « هل لك من إبل . . . » الحديث ، والرجل المذكور : ضمضم بن قتادة العجلي ، ذكره عبد الحق وزاد فيه زيادة حسنة ، قال : كانت المرأة من بني عجل ، فقدم المدينة عجائز من قومها فسئلن عن المرأة التي ولدت الغلام الأسود فقلن : كان في آبائها رجل أسود .

قال : (**وإن ولدته لفوق ستة أشهر من الاستبراء . . حل النفي في الأصح**) ؛ لأن الاستبراء أمارة ظاهرة علىٰ أنه ليس منه لـٰكن المستحب أن لا ينفيه ؛ لأن الحامل قد ترى الدم .

والثاني : إن رأىٰ بعد الاستبراء مخيلة الزنا . . جاز النفي ، بل يلزمه ؛ لأن الغالب على الظن في هـٰذه الحالة أنه ليس منه ، وإن لم ير شيئاً . . لم يجز ، وفي « أصل الروضة » : أن هـٰذا أصح الأوجه ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » تبعاً للغزالي والعراقيين .

والثالث : يجوز النفي ، سواء وجدت ريبة أم لا ، ولا يجب بحال ؛ للاحتمال .

تنبيهان :

أحدهما : هل يحسب ابتداء المدة من طروء الدم أو من انقطاعه؟ لم أر من ذكره ، والظاهر الأول ؛ لأنه الدال على البراءة .

الثاني : قوله : (من الاستبراء) تبع فيه « المحرر » ، وصحح في « الروضة » أن الاعتبار في الستة أشهر من حين يزني الزاني بها ؛ لأن مستند اللعان زناه ، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من حين زنىٰ ولأكثر من ستة أشهر من الاستبراء . . تبين أنه ليس من ذلك الزنا ، وهـٰذا واضح ، وكان ينبغي له هنا أن يزيده على « المحرر » كما فعل في « الروضة » .

قال : (**ولو وطىء وعزل . . حرم**) أي : النفي (**على الصحيح**) ؛ لأن الماء قد

وَلَوْ عَلِمَ زِنَاهَا وَٱحْتَمَلَ كَوْنُ ٱلْوَلَدِ مِنْهُ وَمِنَ ٱلزِّنَا. . حَرُمَ ٱلنَّفْيُ ، وَكَذَا ٱلْقَذْفُ وَٱللِّعَانُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ....

يسبق من غير إحساس به ، ولأنه صلى الله عليه وسلم سئل عن العزل فقال : « لا عليكم أن لا تفعلوا ، ما كتب خلق نسمة كائنة إلا ستكون »[1] ، ولأن أحكام الوطء متعلقة بالإيلاج دون الإنزال ، وعلىٰ هـٰذا : له نفيه بدعوى الاستبراء والحلف .

ويقابله احتمال للغزالي : أنه يجوز ؛ لأنه إذا احتاط فيه . . كان كمن لم يطأ ، ولأنه يغلب على الظن بذلك أنه ليس منه ، وهـٰذا أحد المواضع التي جعل المصنف فيها قول الغزالي وجهاً .

وسكت عما لو كان يطأ فيما دون الفرج ، والأصح : لا يلحقه ؛ لانتفاء الإيلاج ، وقيل : يلحقه ؛ لإمكان سبق الماء .

ويجريان فيما لو ادعى الوطء في الدبر ، وقد تناقض فيه تصحيح الشيخين ، فصححا في (النكاح) أنه يلحقه ، وفي (باب الاستبراء) أنه لا يلحقه .

قال : (**ولو علم زناها واحتمل كون الولد منه ومن الزنا . . حرم النفي**) ؛ لقيام الاحتمال ، وقد أمرنا بإلحاق الولد بالفراش فلا يجوز الهجوم علىٰ سبب الإمكان ، كذا قاله الشيخان تبعاً للإمام ، والذي نص عليه الشافعي في « أحكام القرآن » الجواز ، وهـٰذا النص محمول علىٰ ما إذا تساوى الاحتمالان ، فإن غلب احتمال كونه منه . . فالتحريم ظاهر ، وبه جزم الماوردي ، وعليه ينزل كلام المصنف .

وإن كان احتمال كونه من الزنا أغلب . . ففي زوائد « الروضة » عن الماوردي الجزم بجواز النفي ، ويظهر أن فيه الخلاف .

قال : (**وكذا القذف واللعان على الصحيح**) ؛ لأن نسبتها إلى الزنا يعير به الولد ، وقد تطلق فيه الألسنة فيتضرر به .

والثاني : يجوز انتقاماً منها وتعريضاً لها للحد كما إذا لم يكن ولد ، وهـٰذا قال الإمام : إنه القياس ، فأثبته الشيخان وجها .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٢٩) ، ومسلم (١٤٣٨/ ١٢٥) .

فَصْلٌ :

ٱللِّعَانُ : قَوْلُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ : أَشْهَدُ بِٱللهِ إِنِّي لَمِنَ ٱلصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ هَـٰذِهِ مِنَ ٱلزِّنَا ، فَإِنْ غَابَتْ . . سَمَّاهَا وَرَفَعَ نَسَبَهَا بِمَا يُمَيِّزُهَا ، . . . .

تتمة :

قوله : ليس هـٰذا الولد مني لا ينتفي عنه بذلك ، بل لا بد من بيان سبب النفي فيقول : وإنه من الزنا ، هـٰذا الذي نص عليه المعظم ، وهو منصوص « الأم » ووقع للرافعي والمصنف فيه اضطراب في مواضع بينها في « المهمات » .

قال : (**فصل**) عقده لثمرة اللعان وصفته وأحكامه .

فأما ثمرته . . فعدها الغزالي أربعة : نفي النسب ، وقطع النكاح ، ودفع عقوبة القذف ، ودفع عار الكذب فيه .

واعترض عليه بأن من ثمرته : تأبد التحريم ، ووجوب حد الزنا عليها ، وسقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج ، وسقوط حصانتها في حقه إن لم تلاعن هي ، وبشطر الصداق قبل الدخول ، واستباحة نكاح أختها ونحوها ، وأربع سواها في عدتها .

قال : (**اللعان : قوله أربع مرات : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به هـٰذه من الزنا**) يدل لاعتبار العدد قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ الآية وكررت لتأكد الأمر ، ولأنها أقيمت مقام أربع شهود من غيره ليقام عليها الحد ، ولذلك سميت شهادات وهي في الحقيقة أيمان ، وإنما اعتبر تسمية ما رماها به لأنه المحلوف عليه ، وتكفي الإشارة إليها ولا يحتاج إلى التسمية معها على الصحيح ، وقيل : يجب الجمع بين الاسم والإشارة ، وظاهر عبارة « الروضة » و« الشرحين » اعتبار زوجتي هـٰذه ، وهو المنقول في « التتمة » و« تعليق البندنيجي » .

قال : (**فإن غابت**) أي : عن البلد أو المجلس لحيض أو نفاس أو غيرهما (. . **سماها ورفع نسبها بما يميزها**) عن بقية نسائه إن كان له غيرها ؛ دفعاً للاشتباه .

وَٱلْخَامِسَةَ : أَنَّ لَعْنَةَ ٱللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ ٱلْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ ٱلزِّنَا . وَإِنْ كَانَ وَلَدٌ يَنْفيهِ . . ذَكَرَهُ فِي ٱلْكَلِمَاتِ فَيَقُولُ : وَإِنَّ ٱلْوَلَدَ ٱلَّذِي وَلَدَتْهُ ، أَوْ هَـٰذَا ٱلْوَلَدُ مِنْ زِناً لَيْسَ مِنِّي . وَتَقُولُ هِيَ : أَشْهَدُ بِٱللهِ إِنَّهُ لَمِنَ ٱلْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ ٱلزِّنَا ، وَٱلْخَامِسَةُ : أَنَّ غَضَبَ ٱللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ ٱلصَّادِقِينَ . وَلَوْ بُدِّلَ لَفْظُ شَهَادَةٍ بِحَلِفٍ وَنَحْوِهِ ، أَوْ غَضَبٍ بِلَعْنٍ ، وَعَكْسُهُ أَوْ ذُكِرَا قَبْلَ تَمَامِ ٱلشَّهَادَاتِ . . لَمْ يَصِحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**والخامسة : أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا**) للآية ، وإن قذفها بزنيتين ذكرهما في اللعان .

قال : (**وإن كان ولد ينفيه . . ذكره في الكلمات**) أي : الخمس المعهودات (**فيقول : وإن الولد الذي ولدته ، أو هـٰذا الولد من زناً ليس مني**) ؛ لأن كل مرة بمنزلة شاهد ولو اقتصر علىٰ قوله : (من زناً) . . لم يكف عند كثيرين ؛ لأنه قد يعتقد الوطء بالشبهة وفي النكاح الفاسد زنا ، والأصح في « أصل الروضة » و« الشرح الصغير » : الاكتفاء به ؛ حملاً لِلَّفظ علىٰ حقيقته .

قال : (**وتقول هي : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا**) وهو المحلوف عليه ، وأفهم سكوتها عن لفظ الولد أنها لا تحتاج إليه وهو المشهور ؛ لأنه لا يتعلق به في لعانها حكم .

قال : (**والخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين**) للآية ، والقول في تعريفه حاضراً أو غائباً كما تقدم .

وغضب الله إرادة الانتقام من العصاة ، وإنزال العقوبة بهم ، وإنما خص اللعن بجانبه والغضب بجانبها ؛ لأن جريمة الزنا أقبح من جناية القذف منه ، ولذلك تفاوت الحدان .

قال : (**ولو بدل لفظ شهادة بحلف ونحوه ، أو غضب بلعن وعكسه ، أو ذكرا قبل تمام الشهادات . . لم يصح في الأصح**) أما الأول . . فلأن الله تعالىٰ أمر بلفظ الشهادة ، فلا يكفي الإتيان بغيرها كما إذا أتى الشاهد بغير لفظ أشهد ، ووجه مقابله :

وَيُشْتَرَطُ فِيهِ : أَمْرُ ٱلْقَاضِي ، وَتَلْقِينُ كَلِمَاتِهِ ، وَأَنْ يَتَأَخَّرَ لِعَانُهَا عَنْ لِعَانِهِ . . . .

أن اللعان عندنا يمين ، ولفظ القسم والحلف صريح في لفظ اليمين ، ولفظ الشهادة كناية ، فكان الصريح أولىٰ .

وأما إذا أبدل لفظ اللعن بالغضب وعكسه . . فوجه عدم الصحة عدوله عن المنصوص عليه ، ووجه مقابله القياس .

وأما ذكر اللعن أو الغضب قبل الكلمات الأربع أو في أثنائها . . فوجه عدم الصحة فيها مخالفة الآية ، ووجه مقابله أن المقصود من اللعان التغليظ وقد حصل ، وأصل هـٰذه المسائل : أن المراعىٰ لفظ نظم التنزيل أو المعنىٰ .

وقوله : (بدل لفظ شهادة بحلف) عبارة مقلوبة ، وصوابه : لفظ حلف بشهادة ؛ لأن (الباء) تدخل على المتروك كما تقدم .

قال : (**ويشترط فيه**) أي : في اللعان (**أمر القاضي**) ؛ لأنه يمين ولا يعتد بها قبل استحلاف القاضي وإن غلب فيه معنى الشهادة فهي تؤدىٰ عنده .

قال : (**وتلقين كلماته**) فيقول له في كل مرة : قل كذا ، فلو ابتدأ الملاعن بها . . لم يعتد بها دون إحلاف القاضي ، وعطف المصنف التلقين على الأمر يقتضي أنهما متغايران ، وليس كذلك ، بل الأمر هو التلقين ، ولهـٰذا اقتصر في « الروضة » على الأمر إلا أن يكون أراد بتلقين الكلمات أنه لا يكتفىٰ بتلقين أولها ، وهو كذلك ، فلا بد من تلقينه جميع الكلمات ولو كان فقيهاً عارفاً بها ، ويحتمل أن يكون أراد بالأمر قوله (قل) فـ(أشهد) إلىٰ آخره تلقين .

وتشترط الموالاة بين الكلمات الخمس على الأصح ، ولا يثبت شيء من أحكام اللعان إلا إذا تمت الكلمات الخمس .

ولو حكم حاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان . . لم ينفذ حكمه ؛ لأنه غير جائز بالإجماع ، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة .

قال : (**وأن يتأخر لعانها عن لعانه**) ؛ لأن لعانها لإسقاط الحد ، وإنما يجب الحد عليها بلعان الزوج فلا حاجة بها إلىٰ أن تلتعن قبله .

وقال أبو حنيفة ومالك : يجوز الابتداء بلعانها .

وَيُلاَعِنُ أَخْرَسُ بِإِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ . وَيَصِحُّ بِٱلْعَجَمِيَّةِ ، وَفِيمَنْ عَرَفَ ٱلْعَرَبِيَّةَ وَجْهٌ . . . .

قال : (**ويلاعن أخرس بإشارة مفهمة أو كتابة**) كالبيع والنكاح والطلاق وغيرها ، بل أولىٰ ؛ لأن اللعان مما تدعو الضرورة إليه .

وقال أبو حنيفة : لا يصح قذفه ولا لعانه ، ثم المفهوم من كلام الأئمة تعريضاً وتصريحاً تصحيح لعانه بالإشارة وحدها وبالكتابة وحدها ، وذكر المتولي أنه إذا لاعن بالإشارة. . أشار بكلمة الشهادة أربع مرات ثم بكلمة اللعن ، وإن لاعن بالكتابة. . كتب كلمة الشهادة وكلمة اللعن ويشير إلىٰ كلمة الشهادة أربع مرات ، ولا يكلف أن يكتب أربع مرات .

ومقتضى التصحيح بالكتابة المجردة تكرير كتابة كلمة الشهادة ، وأما قول الغزالي في « الوجيز » : عليه أن يكتب مع الإشارة أو يورد اللفظ عليه ناطق فيشير بالإجابة. . فلم يقله أحد من الأصحاب ، وإنما قال الإمام : لو قال به قائل. . لكان قريباً .

ولو لاعن أخرس بالإشارة ثم عاد نطقه وقال : لم أرد اللعان بإشارتي. . قبل قوله فيما عليه ، فيلحقه النسب والحد ، ولا يقبل فيما له فلا ترتفع الفرقة والتحريم المؤبد .

فإن قال : لم أرد القذف أصلاً. . لم يقبل ، كذا حكاه الشيخان ، وهو خلاف المنصوص. . فالنص أنه لا يحد ولا ترد إليه .

ومقتضىٰ إطلاق المصنف وغيره : أن الخرساء تلاعن كالرجل الأخرس ، والذي نص عليه الشافعي أنها لا تلاعن ، والفرق أن بالرجل ضرورة لنفي الولد ودفع الحد ، وليس بالمرأة ضرورة ، لـٰكن قال ابن القطان بعد حكاية النص : الأشبه بأصولنا أنها تلاعن كما لو ادعي عليها بيع أو شراء .

قال : (**ويصح بالعجمية**) ؛ لأنه إما يمين أو شهادة وكلاهما باللغتين سواء ، ويجب أن يراعي ترجمة الشهادة واللعن والغضب .

والمراد بـ(العجمية) : ما عدا العربية من اللغات .

قال : (**وفيمن عرف العربية وجه**) أنه لا يلاعن إلا بالعربية كتكبيرة الإحرام ،

وَيُغَلَّظُ بِزَمَانٍ ، وَهُوَ بَعْدَ عَصْرِ جُمُعَةٍ ، وَمَكَانٍ ، وَهوَ أَشْرَفُ بَلَدِهِ ، . . . .

ولأن العربية هي التي ورد الشرع بها فلا يقوم غيرها مقامها مع القدرة على النطق بها ، وبهٰذا أجاب العراقيون .

وقال في « المطلب » : إنه الأشبه ، والرافعي تابع البغوي في ترجيح الأول .

ويستحب أن يحضر أربعة ممن يحسنها ، ويكفي القاضي إن لم يحسنها مترجمان ، وقيل في قول : يشترط من جانب الرجل أربعة .

قال : (**ويغلظ بزمان ، وهو بعد عصر جمعة**) ؛ لأن يوم الجمعة أشرف أيام الأسبوع ، والمراد بعد صلاة عصره ؛ لأن المقصود من اللعان الزجر والردع فاعتبر فيه الوقت الذي يكون اليمين فيه أغلظ وهو بعد العصر ، قال تعالىٰ : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ .

قال ابن يونس : أجمع المفسرون علىٰ أن المراد صلاة العصر .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٣٦٩ـ م ١٠٨] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم : رجل حلف علىٰ يمين كاذبة بعد العصر يقتطع بها مال امرىء مسلم . . . » .

وروى الدارقطني والبيهقي : (أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته بعد العصر) ولأن ساعة الإجابة فيه بعد العصر كما رواه أبو داوود [١٠٤١] والنسائي [٣/٩٩] وصححه الحاكم [١/٢٧٩] ، لٰكن روىٰ مسلم [٨٥٣] : أنها من حين خروج الإمام إلىٰ أن تنقضي الصلاة ، وصوبه في آخر (باب صلاة الجمعة) من « الروضة » ، وفيه مخالفة لما قاله هنا .

كل هٰذا إذا لم يتأكد الطلب ، فإن تأكد . . فعصر غيره ، وقال في « الترغيب » : لا يختص بيوم الجمعة ، بل يوم العيدين وعرفة وعاشوراء وشهري رجب ورمضان وغيرها من الأوقات الشريفة كذلك .

ومقتضىٰ إطلاقهم : أنه لا فرق بين المسلم والكافر ، فيغلظ على الذمي بالزمان عندنا لا عندهم ، وبه صرح البندنيجي وغيره .

قال : (**ومكان ، وهو أشرف بلده**) أي : بلد اللعان ؛ لأن الردع يحصل بذلك .

فَبِمَكَّةَ : بَيْنَ ٱلرُّكْنِ وَٱلْمَقَامِ ، وَٱلْمَدِينَةِ : عِنْدَ ٱلْمِنْبَرِ ، . . . .

وقال أبو حنيفة : لا يغلظ بالزمان والمكان والجمع ، ويروىٰ عن أحمد مثله .

قال : (**فبمكة : بين الركن والمقام**) ويسمى الحطيم ؛ لأنه أشرف بقاع المسجد ، وكان الناس يعهدون فيه التحليف في الأمور العظام ، وسيأتي في آخر (كتاب الرضاع) حديث المرأة التي حلفت هناك فابيض ثدياها .

قال : (**والمدينة : عند المنبر**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته عند المنبر ، رواه البيهقي .

وصح : أن ما بين قبر النبي صلى الله عليه وسلم ومنبره روضة من رياض الجنة[1] .

وروى الحاكم [٤/٢٩٧] وابن ماجه [٢٣٢٦] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحلف عند منبري عبد ولا أمة يميناً آثمة ولو علىٰ سواك رطب . . إلا وجبت له النار » .

ووقع في « المهمات » تصحيف السواك بالشراك بالشين المعجمة والراء ، وهو سبق قلم .

وروىٰ مالك [٢/٧٢٧] وابن حبان [٤٣٦٨] عن جابر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف علىٰ منبري هـٰذا يميناً آثمة . . تبوأ مقعده من النار » .

والمراد بـ(عند المنبر) مما يلي القبر الشريف كما صرح به الرافعي قبيل (الباب الثالث) .

وعبارة المصنف كعبارة الشافعي ؛ أي : في « البويطي » والقديم ، وقال في موضع آخر[2] : على المنبر ، وللأصحاب في صعوده أوجه :

أصحها : يصعد ، كذا في « الروضة » ، ونقل الرافعي تصحيحه عن البغوي .

والثاني : لا ؛ لأن منبره صلى الله عليه وسلم شريف ، وأحد المتلاعنين كذاب قطعاً ، فنزه عن صعود الكاذب .

---

(١) البخاري (١١٩٥) ، ومسلم (١٣٩٠) .
(٢) في هامش (ز) : (« الأم » و« المختصر ») .

وَبَيْتِ ٱلْمَقْدِسِ : عِنْدَ ٱلصَّخْرَةِ ، وَبِغَيْرِهَا : عِنْدَ مِنْبَرِ ٱلْجَامِعِ ، وَحَائِضٌ بِبَابِ ٱلْمَسْجِدِ ، وَذِمِّيٌّ بِبِيعَةٍ وَكَنِيسَةٍ ، . . . .

والثالث : يتخير الحاكم بين أن يلاعن عنده أو عليه .

والرابع : إن كان الخلق كثيراً . . لاعن عليه ، وإلا . . فعنده .

قال : (**وبيت المقدس : عند الصخرة**) ؛ لأنها أشرف بقاعه ، وكانت قبلة الأنبياء عليهم السلام ، وفي « سنن ابن ماجه » [٣٤٥٦] : « الصخرة من الجنة » .

كل هـٰذا لمن كان في المساجد الثلاثة ، أما من كان في غيرها . . فلا يجوز نقله إليها كما جزم به الماوردي في (باب موضع اليمين) .

قال : (**وبغيرها**) أي : غير المساجد الثلاثة (**عند منبر الجامع**) ؛ لأنه أشرف بقاعها ، وطرد المتولي في صعوده الخلاف السابق ، وقيل : لا تختص بالمنبر ؛ لأنه لا مزية لبعض الجامع علىٰ بعض ، ويخالف المدينة لشرف تلك البقعة .

قال : (**وحائض بباب المسجد**) وكذلك الجنب ؛ لأنهما ممنوعان من المكث فيه ، والباب أقرب إلى الموضع الشريف ، فيلاعن الزوج في المسجد وينسبها كما تقدم ، فإذا فرغ خرج الحاكم أو نائبه إليها .

هـٰذا إذا رأى الحاكم تعجيل اللعان ، فإن رأىٰ تأخيره إلى انقطاع الدم والاغتسال . . جاز وهي في الجنب أولىٰ ، بل لو قيل بوجوبه على القول بأن التغليظ بالمكان واجب . . لم يبعد .

ومثل في « التنبيه » بالجنب ؛ ليعلم أن الحائض من باب أولىٰ ، لـٰكن تستثنى الحائض الذمية ؛ فإنها تلاعن في المسجد على الأصح ، وكذلك الذمي الجنب ، ومرادهم بالمسجد : الجامع .

قال : (**وذمي ببيعة وكنيسة**) فـ(البيعة) بكسر الباء للنصارىٰ ، و(الكنيسة) لليهود ؛ لأنهم يعظمون ذلك كما يعظم المسلمون المساجد ، ولأن المقصود الزجر ، والمستأمن كالذمي ، وقطع الماوردي بأنه لا يحلف بموسىٰ وعيسىٰ كما لا يحلف المسلم بمحمد صلى الله عليه وسلم ، وادعىٰ أن التحليف بذلك محظور .

وَكَذَا بَيْتُ نَارِ مَجُوسِيٍّ فِي ٱلْأَصَحِّ ، لاَ بَيْتُ أَصْنَامِ وَثَنِيٍّ ، وَجَمْعٍ ....

قال : (**وكذا بيت نار مجوسي في الأصح**) ؛ لأن المجوس يعظمونه والمقصود الزجر عن الكذب .

والثاني : لا يأت الحاكم بيت نارهم ؛ لأنه لم يكن له حرمة في شريعة قط ، بخلاف البيعة والكنيسة ، ولأن أهل الذمة يعظمون أماكنهم المقصودة بالعبادة ، والمجوس يعظمون النار لا محلها ، فيلاعن بينهم في المسجد أو في مجلس الحكم ، والأول أصح ؛ لأن دخول الحاكم إليه لا لتعظيمه .

وأما من لا ينتحل ديناً كالدُّهرية ـ بضم الدال ـ والزنديق الذي لا يتدين بدين وعابد الوثن .. فلا يشرع في حقه تغليظ في الأصح ؛ لأنهم لا يعظمون شيئاً ، وحسن أن يحلف بالذي خلقه ورزقه فيقول : أشهد بالله الذي خلقني ورزقني ، ويقول اليهودي : أشهد بالله الذي أنزل التوراة علىٰ موسىٰ ، والنصراني : أشهد بالله الذي أنزل الإنجيل علىٰ عيسىٰ .

قال : (**لا بيت أصنام وثني**) ؛ لأنه لا أصل له في الحرمة ، ودخوله معصية ، بخلاف البيع والكنائس فإنها موضوعة في الابتداء للطاعة بخلاف بيوت الأصنام ، وقد امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من دخول بيت مدراس اليهود كما جاء في « صحيح البخاري » وغيره(١) .

وصورة مسألة الكتاب في زمن الهدنة والأمان ، وإلا .. فأمكنة الأصنام مستحقة الهدم .

قال : (**وجمع**) أي : من الأعيان والصلحاء ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ ، ولأن ذلك أعظم للأمر ، وقد حضر اللعان علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد وهم من أحداث

---

(١) أصل الحديث في «البخاري» (١٣٢٩) ، ولكن ليس فيه موضع الاستشهاد ، وهو الامتناع من دخول مِدراس اليهود ، وهـٰذه الزيادة موجودة عند أبي داوود (٤٤٤٦) ، وعبد الرزاق (١٣٣٣٠) .

الصحابة[1] ، فاستدل به الشافعي علىٰ أنه حضر جمع كثير فإن العادة أن الأحداث لا يحضرون المجالس العظام إلا تابعين للرجال .

قال : (**أقله أربعة**) ؛ لأن اللعان سببه درء الحد والحد لا يثبت إلا بأربعة .

قال ابن الرفعة في « حاشية الكفاية » : ومن هنا يظهر لك اعتبار كونهم من أهل الشهادة ، وقد ذكر ذلك الماوردي .

قال : (**والتغليظات سنة**) كسائر الأيمان .

قال : (**لا فرض على المذهب**) فإن الزمان والمكان لم يذكرا في الآية فأما ترك التغليظ بالزمان . . فجائز قطعاً ، وأما بالمكان . . ففيه قولان : أصحهما : أنه مستحب كالزمان ، وقيل : التغليظ باللفظ مستحب وبغيره واجب .

والفرق أن قوله : (واللهِ) مشتمل علىٰ جميع الصفات ، بخلاف الزمان والمكان ؛ فإن اسم الله تعالىٰ لا يشمل ذلك .

قال : (**ويسن للقاضي وعظهما**) بأن يقول ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية : « عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة » ويقرأ عليهما : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا ﴾ .

ويذكر قوله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين : « حسابكما على الله ، الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب ؟ »[2] .

ويذكر لهما ما في حديث المعراج : أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بنسوة معلقات بثديهن ، فسأل جبريل حالهن فقال : (إنهن اللاتي ألحقن أزواجهن من ليس منهم)[3] .

(١) انظر « البيهقي » (٧/ ٤٠٣ـ٤٠٤) .
(٢) أخرجه البخاري (٥٣١٢) ، ومسلم (١٤٩٣/ ٦) .
(٣) ذكره ابن هشام في « السيرة » (١/ ٤٠٦) .

وَيُبَالِغُ عِنْدَ ٱلْخَامِسَةِ ، وَأَنْ يَتَلاَعَنَا قَائِمَيْنِ . وَشَرْطُهُ : زَوْجٌ يَصِحُّ طَلاَقُهُ ، . . .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « اشتد غضب الله على امرأة أدخلت في قوم من ليس منهم »(١) .

قال : (**ويبالغ عند الخامسة**) بالتخويف والزجر ؛ لما روىٰ أبو داوود عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً أن يضع يده علىٰ فيه عند الخامسة وقال : إنها موجبة ، يفعل ذلك بالرجل والمرأة ، فإن أبيا إلا إتمام اللعان . . لقنهما الكلمة الخامسة ، ويعيد الوعظ عند وضع اليد على الفم ، وفي كتب العراقيين : أن واضع اليد يأتي من ورائه .

قال : (**وأن يتلاعنا قائمين**) فيقوم الرجل عند لعانه والمرأة جالسة ، ثم تقوم هي عند لعانها ويقعد الرجل ، فـ(قائمين) حال من المجموع لا من كل واحد .

ولو قال : عن قيام . . لكان أوضح ؛ لما روى ابن عباس في قصة هلال بن أمية : أنه قام فشهد ثم قامت فشهدت ، رواه البخاري [٤٧٤٧] ، ولأن قيامه أبلغ في الردع ، ولذلك قال القاضي والمتولي : إذا لاعن وهو قاعد لا يعتد به إلا أن يكون عاجزاً ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « قم واشهد أربع شهادات . . . »(٢) .

قال : (**وشرطه : زوج يصح طلاقه**) أي : في الجملة ؛ ليشمل من انسد عليه باب الطلاق بالدور عند من يراه ، فأما غير الزوج . . فلا يصح لعانه لأجل القذف ؛ لأن الله تعالىٰ لم يجعل له مخرجاً منه إلا بالبينة فقال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ﴾ ويفارق الزوج فإنه محتاج إلى القذف لما يلحقه من الضرر من لحوق النسب الفاسد والعار ، فجعل له المخرج منه بالبينة واللعان تخفيفاً عنه ، ولا ضرر على الأجنبي من زنا الأجنبية ، بل هو مأمور بالستر .

وشمل إطلاقه الرجعية ؛ فإنه يلاعن منها لبقاء حكم الزوجية .

وخرج بـ(الزوج) السيد فلا يلاعن أمته ولا أم ولده على المعروف .

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤١٠٨) ، والحاكم (٢/ ٢٠٢) ، وأبو داوود (٢٢٥٧) ، وابن ماجه (٢٧٤٣) .

(٢) أخرجه مسلم (١٤٩٣/ ٤) .

وَلَوِ ٱرْتَدَّ بَعْدَ وَطْءٍ فَقَذَفَ وَأَسْلَمَ فِي ٱلْعِدَّةِ . . لاَعَنَ ، وَلَوْ لاَعَنَ ثُمَّ أَسْلَمَ فِيهَا . . صَحَّ ، أَوْ أَصَرَّ . . صَادَفَ بَيْنُونَةً . وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ : فُرْقَةٌ ، وَحُرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، . . . .

وروىٰ أحمد عن الشافعي أنه قال : يلاعن المستولدة ، وجرىٰ عليه المحاملي في « اللباب » ، وحمل الأصحاب قول أحمد علىٰ أنه أراد بأبي عبد الله مالك بن أنس .

فإن قيل : يصح لعان غير الزوج في صورتين : البائن لنفي الولد كما سيأتي ، والموطوءة بنكاح فاسد أو شبهة فإنها تلاعن لنفي النسب . . فالجواب : أن المراد بالزوج : من له علقة النكاح فلا يردان .

واحترز بـ(يصح طلاقه) عن الصبي والمجنون والمكره ، ودخل في عمومه : السكران والذمي والرقيق والسفيه والمحدود في القذف ؛ فإنه يصح لعانهم لعموم الآية .

قال : (**ولو ارتد بعد وطء فقذف وأسلم في العدة . . لاعن**) ؛ لدوام النكاح .

قال : (**ولو لاعن ثم أسلم فيها . . صح**) ؛ لتبين وقوعه في صلب النكاح .

قال : (**أو أصر**) أي : إلى انقضاء العدة (. . **صادف بينونة**) ؛ لأن الزوجية انقطعت بالردة فلا يندفع به حق القذف في الأصح .

هـٰذا إذا كان القذف في حال الردة ، فإن كان قبلها . . صح اللعان ، كما لو قذف في حال الزوجية ثم أبانها . . فإن له الملاعنة ، فإن كان هناك ولد ونفاه باللعان . . نفذ ، وإلا . . بينا فساده ، ولم يندفع بذلك حد القذف عنه في الأصح .

قال : (**ويتعلق بلعانه : فرقة**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ثم قال : « لا سبيل لك عليها » رواه الشيخان .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٢٤٤] : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » .

قال : (**وحرمة مؤبدة**) فلا يحل له نكاحها ولا وطؤها بملك اليمين لو كانت أمة فاشتراها على المذهب .

قال : (**وإن أكذب نفسه**) فلا يفيدهما ذلك عود النكاح ولا رفع تأبيد الحرمة ؛

وَسُقُوطُ ٱلْحَدِّ عَنْهُ ، وَوُجُوبُ حَدِّ زِنَاهَا ، وَٱنْتِفَاءُ نَسَبٍ نَفَاهُ بِلِعَانٍ . وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ نَفْيِ مُمْكِنٍ مِنْهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِأَنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ ٱلْعَقْدِ ، أَوْ طَلَّقَ فِي مَجْلِسِهِ ، أَوْ نَكَحَ وَهُوَ بِٱلْمَشْرِقِ وَهِيَ بِٱلْمَغْرِبِ . . لَمْ يَلْحَقْهُ . . . .

لأنهما حق له وقد بطلا فلا يتمكن من عودهما ، بخلاف الحد ولحوق النسب ؛ فإنهما يعودان لأنهما حق عليه فلزمه بتكذيبه نفسه .

وأما حدها . . فهل يسقط بإكذابه نفسه؟ قال ابن الرفعة : لم أره مصرحاً به ، لٰكن في كلام الإمام ما يفهم سقوطه في ضمن تعليل .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إذا أكذب نفسه وحد . . زال تحريم العقد ، وحلت له بنكاح جديد .

وقال سعيد بن جبير : إذا أكذب نفسه . . عادت زوجة كما كانت ، وقال ابن المسيب : إن أكذب نفسه وهي في العدة . . حلت له ، وإلا . . فلا تحل أبداً .

قال : (**وسقوط الحد عنه**) للآية ، هٰذا بالنسبة إليها ، أما بالنسبة إلى الزاني . . فكذلك إن سماه في اللعان ، فإن لم يسمه فيه . . لم يسقط عنه حده في الأصح ، وكان ينبغي أن يعبر بالعقوبة بدل الحد ؛ ليشمل حد القذف والتعزير .

قال : (**ووجوب حدِّ زناها**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ﴾ إلىٰ آخره ، وهٰذا إذا كان القذف بزنا أضافه إلى الزوجة وكانت مسلمة ، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد ، فإن قذفها بزنا أضافه إلىٰ ما قبل الزوجية ولاعن لأجل نفي النسب . . بقي وجوب الحد عليها ، وفي معارضة لعانه بلعانها وجهان .

وأما إذا كانت ذمية . . فالنص أنها لا تجبر على اللعان ، ولا تحد إذا امتنعت حتىٰ ترضىٰ بحكمنا ، فإذا رضيت . . حكمنا في حقها بما نحكم به في حق المسلمة .

قال : (**وانتفاء نسب نفاه بلعان**) ؛ لما روى الشيخان عن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأة وانتفىٰ من ولدها . . ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وألحق الولد بالمرأة ، ويتعلق بلعانها أيضاً ما تقدم في أول الفصل .

قال : (**وإنما يحتاج إلىٰ نفي ممكن منه ، فإن تعذر بأن ولدته لستة أشهر من العقد ، أو طلق في مجلسه ، أو نكح وهو بالمشرق وهي بالمغرب . . لم يلحقه**) ؛

وَلَهُ نَفْيُهُ مَيتاً . وَٱلنَّفْيُ عَلَى ٱلْفَوْرِ فِي ٱلْجَدِيدِ وَيُعْذَرُ لِعُذْرٍ . . . .

لأنه لا يجوز أن يكون منه فلا يحتاج في نفيه إلىٰ لعان .

كل هـٰذا في الولد التام ، فإن لم تلده تاماً . . اعتبر مضي المدة المذكورة في (باب الرجعة) .

ومن صور التعذر ما يأتي في (باب العدة) : إذا كان الزوج صغيراً لا يمكن العلوق منه ، وكذا الممسوح على المذهب ومسلول الأنثيين علىٰ وجه .

قال : (**وله نفيه ميتاً**) ؛ لأن النسب لا ينقطع بالموت بدليل الإرث ، وقولهم : مات ولد فلان وهـٰذا قبر ابن فلان ، فاحتيج إلىٰ نفيه بعد الموت كما في حال الحياة ، ولو مات الولد بعد النفي . . جاز له استلحاقه كما في حال الحياة ويستحق إرثه ، وللإمام تردد في الإرث للتهمة ، وأجيب بأن التهمة لا تمنع النسب بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن . . فإنه يلحقه ويسقط به إرث الأخ ، ومسألة استلحاق الميت تقدمت في (الإقرار) ، فلو استلحقه ثم نفاه . . فلا ينتفي عنه جزماً .

قال : (**والنفي على الفور في الجديد**) ؛ لأنه شرع لدفع ضرر محقق فكان على الفور كالرد بالعيب وخيار الشفعة ، وفي القديم قولان :

أحدهما : يجوز إلىٰ ثلاثة أيام ؛ لأن أمر النسب خطر لاحتياجه إلىٰ نظر وتأمل .

والثاني : له النفي متىٰ شاء ، ولا يسقط إلا بإسقاطه .

والمراد بـ(النفي) هـٰهنا : أن يأتي إلى الحاكم فيقول : هـٰذا الولد أو الحمل ليس مني مع الشرائط المعتبرة ، ثم يلاعن بعد ذلك إذا أمره الحاكم .

قال : (**ويعذر**) أي : في تأخير اللعان (**لعذر**) من مرض أو حبس أو حفظ مال ، أو كان غائباً ولم يمكنه أن يسير أو يبعث إلى الحاكم ، أو لم يجد الحاكم ، أو بلغه الخبر ليلاً فأخره حتىٰ أصبح ، أو كان جائعاً أو عارياً فأكل أو لبس أو نحو ذلك . . لم يبطل حقه ، ولـٰكن إن أمكنه الإشهاد . . فعليه أن يشهد ، وإلا . . بطل حقه ، فلو أخر وقال : لم أعلم أن لي النفي ، فإن كان قريب عهد بالإسلام . . قبل منه ، أو فقيهاً . . فلا ، أو عامياً . . فكجهل الأمة الخيار بالعتق .

ولو قال : لم أعلم أن لي النفي . . فألحقها في « التنبيه » بالتي قبلها ، وأقره عليه

وَلَهُ نَفْيُ حَمْلٍ وَٱنْتِظَارُ وَضْعِهِ . مَنْ أَخَّرَ وَقَالَ : جَهِلْتُ ٱلْوِلَادَةَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ غَائِباً ، وَكَذَا ٱلْحَاضِرُ فِي مُدَّةٍ يُمْكِنُ جَهْلُهُ فِيهَا . فَلَوْ قِيلَ لَهُ : مُتِّعْتَ بِوَلَدِكَ ، أَوْ جَعَلَهُ ٱللهُ لَكَ وَلَداً صَالِحاً فَقَالَ : آمِينَ ، أَوْ نعَمْ . . تَعَذَّرَ نَفْيُهُ ، وَإِنْ قَالَ : جَزَاكَ ٱللهُ خَيْراً أَوْ بَارَكَ ٱللهُ عَلَيْكَ . . فَلَا . . . .

في التصحيح ، وبه صرح الجرجاني وغيره من العراقيين .

ثم إن هـٰذا لا يختص بقول الفورية كما يوهمه كلامه ، بل لو أخر علىٰ قول الثلاث بعذر . . لم يسقط ، قاله الفارقي وغيره .

قال : (**وله نفي حمل**) ؛ لما روى البخاري : أن هلال بن أمية لاعن عن الحمل .

قال : (**وانتظار وضعه**) ليلاعن علىٰ يقين ؛ لاحتمال أن يكون ريحاً فينفش ، هـٰذا إذا لم يقم بينة علىٰ زناها ، فإن أقامها . . قال الشافعي : لا يلاعن حتىٰ تضع ، فلو قال : علمته ولداً ولـٰكن أخرت لعله يموت فأكفى اللعان . . فالأصح : أنه يلحقه ، ويبطل حقه على الأصح المنصوص .

قال : (**ومن أخر وقال : جهلت الولادة . . صدق بيمينه إن كان غائباً**) ؛ لأنه ادعىٰ ما يوافق الظاهر ، إلا أن يستفيض ويشتهر ، فلو قال : لم أصدق المخبر . . فكما سبق في (الشفعة) .

قال : (**وكذا الحاضر في مدة يمكن جهله فيها**) ؛ لأن دعواه توافق الظاهر ، أما التي لا يمكن . . فلا يصدق فيها ، ويختلف ذلك بالمحلة والبلد وغيرهما .

قال : (**فلو قيل له : متعت بولدك ، أو جعله الله لك ولداً صالحاً فقال : آمين ، أو نعم . . تعذر نفيه**) ؛ لأن ذلك يتضمن الرضا به ، وإذا لحقه . . لم يكن له نفيه .

قال : (**وإن قال : جزاك الله خيراً أو بارك الله عليك . . فلا**) ؛ لأنه يحتمل أن يقابل التحية بذلك .

وصورة المسألة : أن يقول ذلك وهو متوجه إلى الحاكم ، أو في حالة يعذر فيها بالتخلف كالليل ونحوه ، أو يكون المهنيء هو المخبر الأول .

وَلَهُ ٱللِّعَانُ مَعْ إِمْكَانِ بَيِّنَةٍ ، وَلَهَا لِدَفْعِ حَدِّ ٱلزِّنَا .

فَصْلٌ :

لَهُ ٱللِّعَانُ لِنَفْيِ وَلَدٍ وَإِنْ عَفَتْ عَنِ ٱلْحَدِّ وَزَالَ ٱلنِّكَاحُ ، وَلِدَفْعِ حَدِّ ٱلْقَذْفِ وَإِنْ زَالَ ٱلنِّكَاحُ وَلاَ وَلَدَ ، . . . .

قال : (**وله اللعان مع إمكان بينة بزناها**) ؛ لأن كل واحد منهما حجة ، وظاهر القرآن يدل علىٰ أن تعذر البينة شرط ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ ولـٰكن صدنا عن ذلك الإجماع وإن نقل الماوردي فيه خلافاً شاذاً لبعض العلماء .

قال : (**ولها لدفع حد الزنا**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾ الآية ، ومقتضىٰ عبارة المصنف أنه لا يلزمها ذلك ، وهو مشكل ، والصواب ما قاله الشيخ عز الدين : أن الدفع واجب عليها إذا لاعنها كاذباً ، ولا يحل لها النكول ؛ كيلا يكون عوناً علىٰ جلدها أو رجمها وفضيحة أهلها .

تتمة :

قال الطبري في (العدة) : لو لاعن لنفي ولد فمات فوضعت آخر لدون ستة أشهر من ولادة الأول . . لحقاه ، أما الثاني . . فلأنه لم ينفه ، وليس لوارثه ذلك ، وأما الأول . . فلأنه إذا لحقه الثاني لحقه الأول ؛ لأنهما حمل واحد .

قال : (**فصل :**

له اللعان لنفي ولد وإن عفت عن الحد وزال النكاح) ؛ للحاجة إلىٰ ذلك ، لأن نفي النسب هو المقصود من شرع اللعان ، والمراد : أنه يلاعن للنفي مستقلاً وإن سقط عنه حد القذف .

وقال أبو حنيفة : لا يلاعن بعد البينونة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ ولا زوجية .

قال : (**ولدفع حد القذف وإن زال النكاح ولا ولد**) ؛ لحاجته إلىٰ إظهار الصدق والانتقام منها ، ثم إذا لاعن القاذف هل نقول وجب الحد ثم سقط باللعان أو لم يجب أصلاً؟ فيه احتمالان .

وَلِتَعْزِيرِهِ ، إِلاَّ تَعْزِيرَ تَأْدِيبٍ لِكَذِبٍ كَقَذْفِ صَغِيرَةٍ لاَ تُوطَأُ . وَلَوْ عَفَتْ عَنِ ٱلْحَدِّ أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِزِنَاهَا أَوْ صَدَّقَتْهُ وَلاَ وَلَدَ ، أَوْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ ٱلْحَدِّ أَوْ جُنَّتْ بَعْدَ قَذْفِهِ . فَلاَ لِعَانَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ولتعزيره**) المراد : تعزير التكذيب الواجب على القاذف كقذف زوجته الذمية أو الأمة أو الصغيرة الممكن جماعها ، فله إسقاطها باللعان لدفع عار الكذب عنه ؛ لأنه إذا صلح لدفع الأعلىٰ . . فلما دونه أولىٰ ، ولا حد إذ لا إحصان .

قال : (**إلا تعزير تأديب لكذب**) هـٰذا هو النوع الثاني من نوعي التعزير المتعلق بالقذف ، وهو واجب علىٰ قاذف يعلم كذبه ظاهراً ، فيعزر لا تكذيباً له ولـٰكن تأديباً ؛ لئلا يعود إلى السب والإيذاء .

قال : (**كقذف صغيرة لا توطأ**) أو ظهر صدقه بقذف كبيرة ثبت زناها بالبينة أو إقرارها فتعزر تأديباً، ففي الصغيرة لا يلاعن؛ لإسقاطه وإن كبرت وطالبته، وفيه وجه.

وفي الثابتة الزنا لا يلاعن على المذهب ، وقيل : يلاعن ، وقيل : قولان ، وقيل : إن كان ثَمَّ ولد . . لاعن ، وإلا . . فلا ، والمراد من هـٰذا : أنه لا يشترط اجتماع ثمرات اللعان ، بل منها ما يجوز له اللعان وحده كالنفي المجرد وكذا دفع عار الكذب عنه .

قال : (**ولو عفت عن الحد أو أقام بينة بزناها أو صدقته ولا ولد**) هـٰذا قيد في المسائل الثلاث .

قال : (**أو سكتت عن طلب الحد أو جُنَّت بعد قذفه . . فلا لعان في الأصح**) أي : في المسائل الخمس .

أما الأولىٰ ـ وهي ما إذا قذف زوجته فعفت عن الحد ولم يكن هناك ولد ـ فالأصح : لا لعان ؛ لأن اللعان إنما يفعل لغرض مهم وهو نفي الولد ودفع الحد ، وهما معدومان هنا ، وقيل : له اللعان ؛ لغرض قطع النكاح والفرقة المؤبدة ودفع عار الكذب وإثبات حد الزنا .

وأما الثانية ـ وهي ما إذا أقام بينة علىٰ زناها أو صدقته ولا ولد ـ فإنما انتفى اللعان فيها على الأصح لبيان صدقه ظاهراً .

وَلَوْ أَبَانَهَا أَوْ مَاتَتْ ثُمَّ قَذَفَهَا بِزِناً مُطْلَقٍ ، أَوْ مُضَافٍ إِلَىٰ مَا بَعْدَ ٱلنِّكَاحِ . . لاَعَنَ إِنْ كَانَ وَلَدٌ يَلْحَقُهُ ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَىٰ مَا قَبْلَ نِكَاحِهِ . فَلاَ لِعَانَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ، وَكَذَا إِنْ كَانَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وأما الثالثة ـ وهي ما إذا سكتت فلم تطلب الحد ـ فوجه الأصح فيها : أنه لا نسب والحد غير مطلوب ، وإنما يصار إلى اللعان إذا أرهقت الضرورة إليه ، ووجه مقابله : أن الحد ثابت عليه في ظاهر الحكم ، ولها المطالبة متىٰ أرادت فله إسقاطه .

وأما الرابعة والخامسة . . فلأن الحد غير مطلوب ، وإنما يلاعن عند الضرورة إليه ، ووجه الجواز : أن الطلب لم يندفع فيحتاج إلىٰ رفعه .

قال : (**ولو أبانها**) أي : بثلاث أو خلع أو فسخ أو انقضاء عدة رجعية .

قال : (**أو ماتت ثم قذفها بزنا مطلق ، أو مضاف إلىٰ ما بعد النكاح . . لاعن إن كان ولد يلحقه**) ؛ للحاجة إلىٰ نفيه كما في صلب النكاح ، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد .

وقوله : (أو مضاف إلىٰ ما بعد النكاح) لا يأتي في الميتة ، ولهـٰذا لم يذكرها في « الشرح » ولا في « الروضة » ، والأحسن أن تقرأ (بانت) بالباء الموحدة ؛ لكون البينونة في الثانية غير منسوبة إلى الزوج برضاع أو فسخ منها ونحو ذلك ، ولم يتعرض الشافعي في « المختصر » لغيرها ، ولا يمكن إدخال الميتة فيه ؛ لأنها بانت بالموت ، لـٰكن عبارة « المحرر » : ماتت زوجته أو بانت منه بطلاق وغيره .

قال : (**فإن أضاف إلىٰ ما قبل نكاحه**) بأن قال بعد بينونتها : زنيت قبل أن أنكحك ، أو قال ذلك لها في حال زوجيتها .

قال : (. . **فلا لعان إن لم يكن ولد**) وعليه الحد ؛ لأنه قذف غير محتاج إليه فلم يلاعن له كقذف الأجنبية .

قال : (**وكذا إن كان في الأصح**) ؛ لأنه كان يمكنه أن يطلق القذف ولا ينسبه إلىٰ ما قبل الزوجية .

والثاني : له اللعان كما لو أطلق ، وهـٰذا عزاه في « الشرح الصغير » إلى الأكثرين وهو الأقوىٰ ، وعلىٰ هـٰذا : يندفع الحد عنه ، ولم يصحح في « الكبير » شيئاً .

لَـٰكِنْ لَهُ إِنْشَاءُ قَذْفٍ وَيُلاَعِنُ ، وَلاَ يَصِحُّ نَفْيُ أَحَدِ تَوْأَمَيْنِ . . . .

قال : (**لـٰكن له إنشاء قذف ويلاعن**) أي : لنفي النسب ؛ لضرره إليه ، فإن لم يفعل . . حد .

قال : (**ولا يصح نفي أحد توأمين**) ؛ لأن الله تعالىٰ لم يجر العادة بأن يجتمع في الرحم ولدان من ماء رجلين ؛ لأن الرحم إذا اشتمل على المني انسد فمه فلا يقبل منياً آخر ، فإن كثرت مادة المني . . جاء منه ولدان أو أكثر ، وإذا كان كذلك . . فلا يتبعض التوأمان لحوقاً وانتفاء ، فإذا نفىٰ أحدهما . . لحقاه ، وكذا لو نفاهما ثم استلحق أحدهما . . لحقاه .

و(التوأمان) : الولدان في بطن ، أحدهما : توأم ، يقال : أتأمت المرأة إذا ولدت اثنين في بطن ، فهي متئم ، والجمع توائم .

تتمة :

قال المتولي : ليس لغير النافي استلحاق المنفي باللعان إن كان اللحوق بسبب نكاح صحيح ، فإن كان بسبب وطء شبهة أو بنكاح فاسد . . جاز .

قال : وإذا قتل النافي المنفي وقلنا : يجب القصاص فاستلحقه . . حكم بثبوت النسب وسقوط القصاص .

قال : وإذا أسلم النافي ثم استلحق . . حكم بإسلام الولد ، وسلم إليه ما تركه من الميراث .

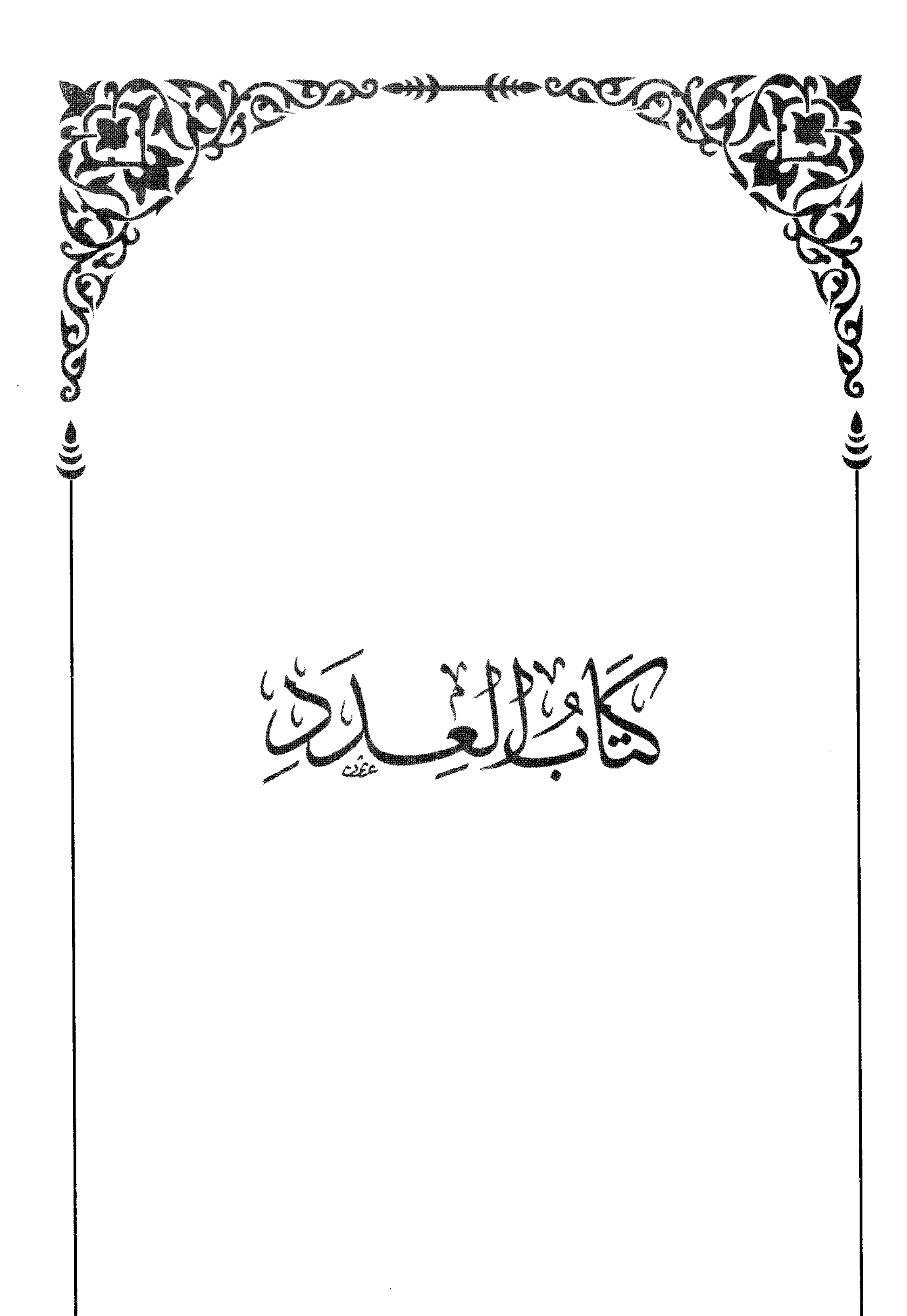
* * *

خاتمة

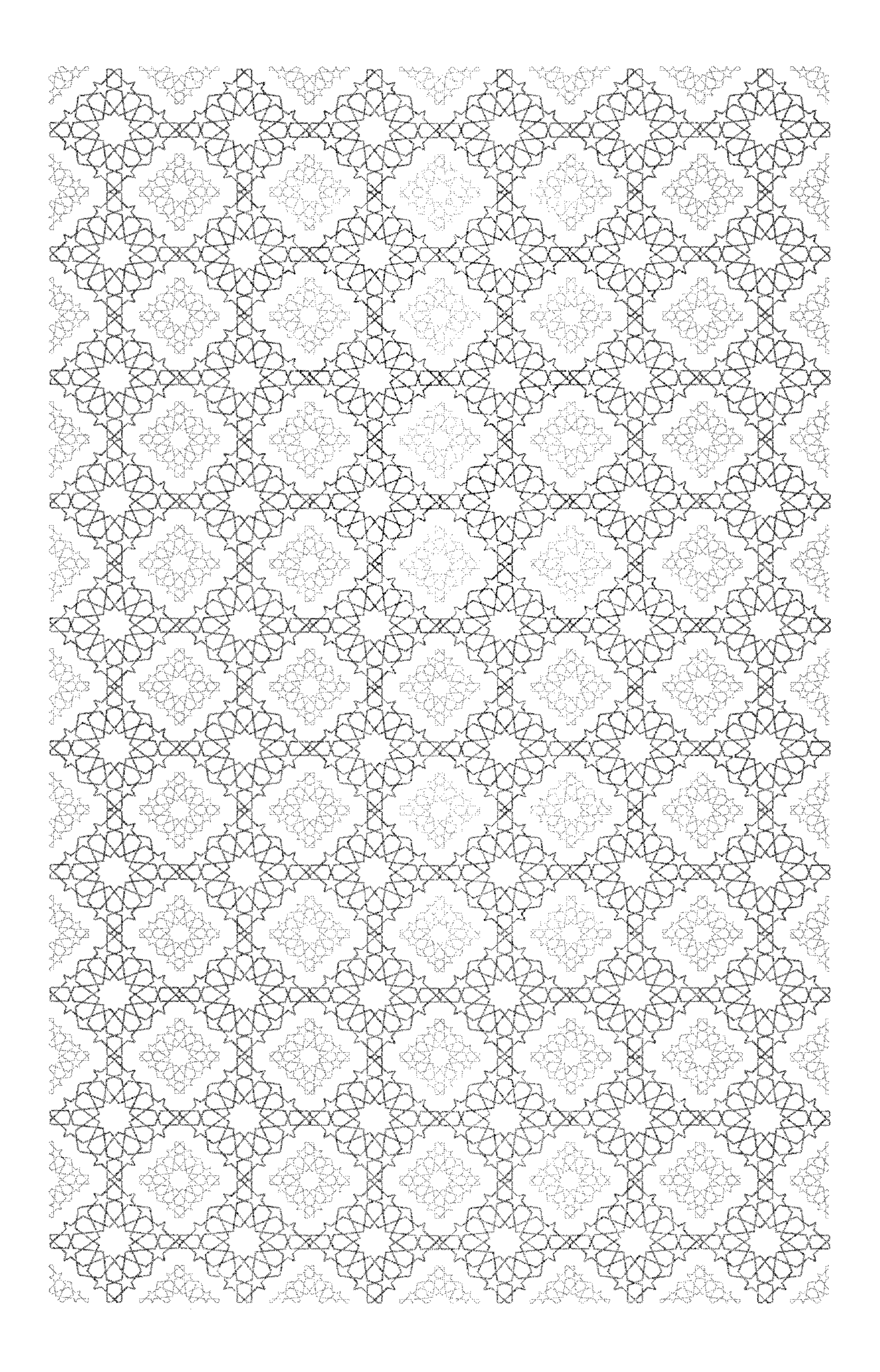
ادعت علىٰ زوجها القذف ، فأنكر فأقامت به بينة . . فله أن يلاعن فيقول : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما أثبت علي من رميي إياها بالزنا ، وهل يسقط عنه الحد الذي قامت به البينة بلعانه؟ فيه خلاف[1] .

* * *

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .



كتاب العِدَد



كِتَابُ ٱلْعِدَدِ

عِدَّةُ ٱلنِّكَاحِ ضَرْبَانِ : ٱلأَوَّلُ مُتَعَلِّقٌ بِفُرْقَةِ حَيٍّ بِطَلاَقٍ أَوْ فَسْخٍ ، وَإِنَّمَا تَجِبُ بَعْدَ وَطْءٍ . . . .

كتاب العدد

واحدها عدة ، وهي في الشرع : اسم لمدة معدودة تتربص بها المرأة ؛ لتعرف براءة الرحم ، وذلك يحصل بالولادة والأقراء والأشهر ، واشتقاقها من العدد ، وشرعت صيانة للأنساب وحفظاً لها من الاختلاط رعاية لحق الزوجين والولد ، والمغلب فيها التعبد .

والأصل فيها : الإجماع والآيات والأخبار الآتية في الباب .

قال : (**عدة النكاح ضربان**) ؛ لأنها قد تتعلق بالنكاح ووطء الشبهة ، وهي المشهورة باسم العدة وقد تتعلق بملك اليمين وهي المشهورة باسم الاستبراء ، فلذلك عقبها به .

قال : (**الأول متعلق بفرقة حي بطلاق أو فسخ**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ والفسخ في معنى الطلاق ، وكذلك اللعان صرح به في « المحرر » و« الروضة » ، وحذفه المصنف ؛ لدخوله في الفسخ ، ولئلا يوهم أن فرقته ليست فرقة فسخ ، لٰكن يرد عليهما وطء الشبهة .

وخرج بقوله : (عدة النكاح) المزني بها ؛ فلا عدة عليها بالاتفاق .

قال : (**وإنما تجب بعد وطء**) فإن طلقت قبله . . لم تجب ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ ، وسواء كان الوطء في حال الصبا أو بعده ، وسواء كان الواطىء مختاراً أو مكرهاً ، عاقلاً أو مجنوناً ، في القبل أو الدبر ، وفي الدبر وجه .

وضبط المتولي الوطء بكونه لا يوجب الحد على الواطىء ؛ ليدخل وطء الشبهة

أَوِ ٱسْتِدْخَالِ مَنِيِّهِ وَإِنْ تَيَقَّنَ بَرَاءَةَ ٱلرَّحِمِ ، لاَ بِخَلْوَةٍ فِي ٱلْجَدِيدِ . . . .

والنكاح الفاسد ، قال : حتىٰ إن المجنون لو زنىٰ بعاقلة . . يجب عليها العدة ؛ لأن الجنون أبلغ في العذر من الغلط ، وكذا المراهق إذا زنىٰ بامرأة . . عليها العدة ، وكذا المكره على الزنا ؛ لأنا جعلناه عذراً في إسقاط الحد فصار الماء محترماً .

قال : (**أو استدخال منيه**) فيقوم مقام الدخول في وجوب العدة ، وكذا في ثبوت النسب ؛ لأنه أقرب إلى العلوق من تغييب الحشفة ، ولا اعتبار بقول الأطباء : إن المني إذا ضربه الهواء . . لا ينعقد منه ولد ؛ فإن الله علىٰ كل شيء قدير .

وفي وجه : أن الاستدخال لا يوجب العدة ؛ إعراضاً عن النظر إلىٰ شغل الرحم ، وإدارة للحكم على الإيلاج .

وحكى الماوردي عن الأصحاب : أن شرط وجوب العدة ولحوق النسب باستدخال ماء الزوج : أن يوجد الإنزال والاستدخال معاً في الزوجية ، فلو أنزل ثم تزوجها فاستدخلت الماء . . لم تجب العدة ولم يلحق الولد .

ولو أنزل وهي زوجة ثم أبانها واستدخلت . . لم تجب ولم يلحق . اهـ

ويشترط أن يكون إنزاله الماء بسبب محترم ، فلو أنزله بزنا فاستدخلته زوجته . . لم تجب العدة ، واستدخالها مني من تظنه زوجاً كوطء الشبهة ، قاله الرافعي هنا ، وفيه نظر ؛ فإن الاعتبار في وجوب العدة بالاشتباه عليه لا عليها .

قال : (**وإن تيقن براءة الرحم**) هـٰذا متعلق بقوله : (بعد وطء) أي : وإن تيقنا أن الوطء غير شاغل للرحم كوطء صبي في سن لا يولد له أو طفلة لا تحبل ؛ لعموم قوله تعالىٰ : ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ فيكفي جريان سبب الشغل وهو الإيلاج ؛ لظهوره ، لا الشغل وهو المني ؛ لخفائه .

قال : (**لا بخلوة في الجديد**) ؛ للآية المتقدمة ، سواء باشرها فيما دون الفرج أم لا ؛ لأن القصد من العدة معرفة البراءة ، وهي منتفية مع انتفاء المظنة ، وفي القديم قولان :

أحدهما : أن الخلوة توجبها ؛ لقول عمر وعلي : إذا أغلق باباً وأرخىٰ ستراً . . فلها الصداق كاملاً وعليها العدة .

والثاني : أنها توجب ترجيح قول مدعي الوطء .

وزوجة الممسوح لا عدة عليها بناء على الأصح : أن الولد لا يلحقه .

قال : (**وعدة حرة ذات أقراء ثلاثة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ، وسواء في ذلك المختلعة وغيرها ؛ لما روىٰ أبو داوود والحاكم والبيهقي [٧/ ٤٥٠] عن ابن عمر أنه قال : (عدة المختلعة عدة المطلقة) وهو قول سعيد بن المسيب وسعيد بن يسار والزهري والشعبي وجماعة .

وأما ما رواه عكرمة عن ابن عباس : أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة[١] . . فجوابه : أن عبد الرزاق [١١٨٥٨] أرسله عن معمر ، وبه قال أحمد وابن اللبان الفرضي ، وأجاب البيهقي [٧/ ٤٥٠] بأن ظاهر القرآن في عدة المطلقات يتناولها وغيرها ، فهو أولىٰ .

وشملت عبارة المصنف : ما إذا شربت دواء حتىٰ حاضت ، وهو كذلك ، كما تسقط الصلاة عنها به .

وروي عن سعيد بن منصور عن ابن عمر : أنه سئل عن المرأة تشرب الدواء ليرتفع حيضها حتىٰ تطوف وتنفر . . فلم ير بذلك بأساً ، وبعث لهن ماء الأراك .

قال : (**والقرء : الطهر**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ ؛ أي : في زمن عدتهن كقوله تعالىٰ : ﴿ وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ ﴾ .

وقال صلى الله عليه وسلم لعمر لما طلق ولده امرأته وهي حائض : « مره فليراجعها » إلىٰ أن قال : « ثم إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء »[٢] فدلت الآية والخبر على الإذن في الطلاق في العدة ، ومعلوم : أن الطلاق في الحيض حرام .

واقتدى الشافعي في ذلك بزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وابن عباس وعائشة

(١) الترمذي (١١٨٥) ، والنسائي (٦/ ١٨٦) .
(٢) أخرجه البخاري (٥٢٥٢) ، ومسلم (١٤٧١/ ١) .

إِنْ طُلِّقَتْ طَاهِراً . . ٱنْقَضَتْ بِٱلطَّعْنِ فِي حَيْضَةٍ ثَالِثَةٍ ، أَوْ حَائِضاً . . فَفِي رَابِعَةٍ ، وَفِي قَوْلٍ : يُشْتَرَطُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ بَعْدَ ٱلطَّعْنِ . . . .

رضي الله عنهم ، واستدل الماوردي وغيره من العراقيين بأن الله تعالىٰ أثبت الهاء فيها ، والهاء إنما تثبت في جمع المذكر دون جمع المؤنث ، فقال : ثلاث حيض وثلاثة أطهار ، وهو استدلال ضعيف .

وكان الشافعي يرىٰ أولاً أنه الحيض ، وأبو عبيد القاسم بن سلام يرىٰ أنه الطهر ، فتناظرا فلم يزل كل واحد منهما يقرر قوله حتى انتحل كل منهما مذهب الآخر ، وهٰذا يقتضي أن يكون للشافعي قول جديد أو قديم يوافق مذهب أبي حنيفة .

واختلف أهل اللغة فيه ، فقيل : إنه حقيقة في الطهر مجاز في الحيض ، وقيل عكسه ، والأصح عندنا : أنه مشترك بينهما ، وحكى ابن الحاجب فيه إجماع أهل اللغة ، والمشهور عندهم : فتح قافه ، ويجوز ضمها ، ومن جعل الفتح للطهر والضم للحيض لا تحقيق عنده .

قال : (**فإن طلقت طاهراً . . انقضت بالطعن في حيضة ثالثة**) ؛ لأن بعض الطهر وإن قل يصدق عليه اسم قرء .

قال : (**أو حائضاً . . ففي رابعة**) ؛ لأن الظاهر أن الذي ظهر حيض فيكون الطهر قبله قد كمل ، فانقضت العدة بالثلاثة الأقراء .

وروي ذلك عن عائشة وزيد بن ثابت وعثمان وابن عمر ، ولأن الشيئين وبعض الثالث يطلق عليها أشياء ، قال تعالىٰ : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ والمراد شوال وذو القعدة وبعض ذي الحجة ، فلا فرق في الاعتداد بالبقية بين أن يكون قد جامعها فيه أو لم يجامعها ، فإن قيل : إطلاق الثلاث علىٰ ذلك مجاز . . قلنا : يتعين الحمل عليه هنا ؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض إنما كان لئلا تطول عدتها ، وسواء جامعها في ذلك الطهر أم لا .

قال : (**وفي قول : يشترط يوم وليلة**) أي : (**بعد الطعن**) في الحيضة الثالثة ؛ لجواز أن يكون ذلك دم فساد فلا تنقضي بالشك ، والأصح : أنا نتبين بذلك الانقضاء لا أنه من نفس العدة ، فلا تصح فيه الرجعة ويصح نكاحها غيره .

وَهَلْ يُحْسَبُ طُهْرُ مَنْ لَمْ تَحِضْ قَرْءًا ؟ قَوْلَانِ ؛ بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ ٱلْقَرْءَ ٱنْتِقَالٌ مِنْ طُهْرٍ إِلَىٰ حَيْضٍ ، أَمْ طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بِدَمَيْنِ؟ وَٱلثَّانِي : أَظْهَرُ . . . .

وقيل : إن رأت الدم لعادتها . . انقضت ، وإلا . . فبمضي يوم وليلة تحكيماً للعادة .

وعلى الصحيح : لو انقطع لدون يوم وليلة ولم يعد حتىٰ مضت خمسة عشر . . تبين عدم الانقضاء .

تنبيه :

قوله : (فإن طلقت طاهراً . . انقضت بالطعن في حيضة ثالثة) محمول علىٰ ما إذا بقي من الطهر بعد وقوع الطلاق بقية ، أما إذا لم يبق بأن انطبق آخر لفظ الطلاق علىٰ آخر الطهر ـ ويتصور ذلك بأن يقول : أنت طالق في آخر طهرك أو يقع ذلك اتفاقاً ـ فالأصح : أنه لا يعتد به ، ولم يذكر المصنف حكم النفاس ، وظاهر عبارة « الشرح » و« الروضة » في (باب الحيض) وفي اجتماع عدتين : أنه لا يحسب .

قال : (**وهل يحسب طهر من لم تحض قرءاً؟ قولان ؛ بناء علىٰ أن القرء انتقال من طهر إلىٰ حيض ، أو طهر محتوش بدمين**) أشار إلىٰ أن في المراد بـ(الطهر) المفسر به القرء قولين :

أحدهما : أنه الانتقال من الطهر إلى الحيض ؛ أخذاً من قولهم : قرأ النجم إذا طلع ، وقرأ إذا غاب ، وقد يقال : قرأ إذا انتقل من برج إلىٰ برج .

والثاني : المعتبر طهر محتوش بدمين لا مجرد الانتقال من الطهر إلى الحيض ، وفي هـٰذه الحالة يحصل معنى الجمع والضم .

وحكاية الخلاف قولين تابع فيه « المحرر » وهو في « الشرح » و« الروضة » وجهان ، وقالا في الكلام على السني والبدعي : إنه قولان ، وقيل : وجهان من غير ترجيح .

قال : (**والثاني : أظهر**) ؛ لأن في القرء معنى الجمع ، قال الرافعي : لـٰكنه يخالف ما قاله الأكثرون فيما إذا قال لمن لم تحض قط : أنت طالق في كل قرء طلقة . .

وَعِدَّةُ مُسْتَحَاضَةٍ : بِأَقْرَائِهَا ٱلْمَرْدُودَةِ إِلَيْهَا . وَمُتَحَيِّرَةٍ : بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فِي ٱلْحَالِ ، وَقِيلَ : بَعْدَ ٱلْيَأْس . . . .

أنها تطلق في الحال ، ثم أجاب باحتمال أن ترجيحهم في هـٰذا المعنىٰ يخصها[1] لا لرجحان القول بأن القرء هو الانتقال ، وثمرة القولين تظهر في صغيرة اعتدت بالأشهر فحاضت في أثنائها ، وفيما إذا قال : أنت طالق في آخر طهرك ، أو وقع ذلك اتفاقاً .

و(المحتوش) بفتح الواو : الذي اكتنفه دمان ، وعبر المصنف (بدمين) ليشمل ما بين الحيض والنفاس ، إلا أن تعبيره في الأول بالحيض دون الدم يقتضي أن النفاس لا يكون كذلك .

وعلم من قوله : (من طهر إلىٰ حيض) أن الانتقال من الحيض إلى الطهر ليس بقرء ، ولا خلاف فيه ، والفرق ـ كما قاله المتولي ـ أن الحيض لا يدل علىٰ براءة الرحم ؛ فإن الغالب أن الحامل لا تحيض ، ومقصود العدة البراءة ، ثم إنهم لا يعنون على القولين بالطهر تمامه ؛ لأن بعض الطهر يحسب قرءاً بلا خلاف ، ولـٰكنهم أرادوا هل يعتبر في الطهر المحتوش أم يكفي الانتقال؟

قال : (**وعدة مستحاضة : بأقرائها المردودة إليها**) فالمعتادة ترد إلىٰ عادتها والمميزة إلى التمييز والمبتدأة إلى الأقل على الصحيح ، وعلى القولين : إذا مضت ثلاثة أشهر . . انقضت عدتها ؛ لاشتمال كل شهر علىٰ حيض وطهر غالباً ، سواء ردت إلى الأقل أو الغالب ، قال الرافعي : وشهرها ثلاثون يوماً ، ويمكن اعتبارها بالأهلة ، وأشار إليه مشيرون .

قال : (**ومتحيرة : بثلاثة أشهر في الحال**) ؛ لأن للمرأة في كل شهر حيضاً وطهراً غالباً ، وصبرها إلىٰ سن اليأس فيه مشقة عظيمة ، ولأنها مرتابة فدخلت في قوله تعالىٰ : ﴿ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ ، ويخالف الاحتياط في العبادات ؛ لأن المشقة فيها لا تعظم .

قال : (**وقيل : بعد اليأس**) ؛ لأنها متوقعة الحيض ما لم تيأس ، وقيل : بعد

---

(١) في هامش (م) : (أي : يخصُّ تلك الصورة) .

وَأُمِّ وَلَدٍ وَمُكَاتَبَةٍ وَمَنْ فِيهَا رِقٌّ : بِقَرْأَيْنِ ، وَإِنْ عَتَقَتْ فِي عِدَّةِ رَجْعِيَّةٍ . . كَمَّلَتْ عِدَّةَ حُرَّةٍ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، . . . .

أربع سنين ، وقيل : بعد تسعة أشهر ، وهـٰذا مفرع علىٰ وجوب الاحتياط عليها ، وهو الصحيح .

كل هـٰذا إذا لم تحفظ دورها ، فإن حفظته . . اعتدت بثلاثة أدوار منه ، سواء كان أكثر من ثلاثة أشهر أو أقل ؛ لاشتماله علىٰ ثلاثة أطهار .

وكذا لو شكت في قدر أدوارها لـٰكن قالت : أعلم أنها لا تجاوز سنة مثلاً . . أخذت بالأكثر ، وتجعل السنة دورها ، قاله الدارمي ، ووافقه في « شرح المهذب » ثم قال : والعمل علىٰ ما قاله الجمهور من الاعتداد بثلاثة أشهر ، وقد ينازع في تسميتها متحيرة في هاتين الصورتين .

قال : (**وأم ولد ومكاتبة ومن فيها رق : بقرأين**) ؛ لما تقدم في الطلاق من قول عمر رضي الله عنه : (العبد يطلق تطليقتين ، وتعتد الأمة بقرأين) .

وأما حديث : « تعتد الأمة بقرأين » فضعيف ولا يعتد بقول الإمام والغزالي : إنه صحيح ؛ فقد قال الدارقطني [٣٩/٤] : إنه منكر غير ثابت ، ولأن الأمة على النصف من الحرة في القسم والحد فكذا هنا ، لـٰكن القرء لا يتبعض فكمل الثاني كما في الطلاق ، وسواء طلقت أو وطئت في نكاح فاسد أو في شبهة نكاح ، فلو وطئت في شبهة ملك . . استبرئت بقرء .

فإن قيل : الأمور الجبلية لا يختلف فيها الحال بين الحرائر والإماء . . فجوابه : أن العدة شرعت لتيقن براءة الرحم ، وذلك يحصل بحيضة ، ولـٰكن احتيط في أمرها فزيد في الحرة في الاحتياط ما لم يزد في الأمة ، فكان في الأمة قرءان وفي الحرة ثلاثة(١) .

قال : (**وإن عتقت في عدة رجعية . . كملت عدة حرة في الأظهر**) ؛ لأن الرجعية كالمنكوحة في أكثر الأحكام ، وكأنها عتقت قبل الطلاق .

والثاني : تتم عدة أمة ؛ نظراً لوقت الوجوب .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

أَوْ بَيْنُونَةٍ . . فَأَمَةٍ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَحُرَّةٍ لَمْ تَحِضْ أَوْ يَئِسَتْ : بِثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ ، . . . . . .

قال : (**أو بينونة . . فأمة في الأظهر**) ؛ لأن البائن كالأجنبية .

والثاني : تتم عدة حرة اعتباراً بوجود الكاملة قبل تمام الناقصة ، وقيل : تتم عدة الحرائر بائناً كانت أو رجعية ـ وبه قال المزني ـ لأنه وجب سبب العدة الكاملة في أثناء العدة الناقصة فينتقل إليها كما لو رأت الدم في خلال الأشهر ، وإنما اعتبرت بالهلال ؛ لأن المواقيت الشرعية تدور عليه ، فالخلاف كله ثلاثة أقوال :

ـ تتم عدة حرة مطلقاً .

ـ أمة مطلقاً .

ـ التفصيل بين البائن والرجعية ، ولا ترجيح في « المحرر » فيها ولا في « الشرح » .

والذي رجحه العراقيون وغيرهم : أنها تكمل عدة حرة مطلقاً ، وهو منصوص « الأم » ، ويترجح بأن الاحتياط للعدة مطلوب شرعاً ، أما إذا عتقت مع الطلاق بأن علق طلاقها وعتقها علىٰ شيء واحد . . فتجب عدة حرة بلا خلاف ، قاله الماوردي .

واحترز المصنف عن التي عتقت في عدة الوفاة . . فالأصح : أنها تكمل عدة الإماء ، ولا ترد على المصنف ؛ لأن كلامه في فراق الحي .

قال : (**وحرة لم تحض أو يئست : بثلاثة أشهر**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾ أي : فعدتهن كذلك ، فحذف المبتدأ والخبر من الثاني لدلالة الأول عليه .

ودخل في قوله : (لم تحض) الصغيرة والكبيرة التي لم تحض ولم تبلغ سن اليأس كبنت ثلاثين سنة ، وعدتها بالأشهر بلا خلاف ، وقد أهملها « المحرر » وكثيرون ، ففي عبارة المصنف ثلاثة فوائد : موافقة القرآن ، والاختصار ، وبيان مسألة مهمة ، قاله في « الدقائق » .

ويدخل في عبارته أيضاً رابعة وهي التي ولدت ولم تر دماً ولا نفاساً ، فهل هي كمن انقطع حيضها بلا سبب أو تعتد بثلاثة أشهر؟ الأصح : ثلاثة أشهر .

وإذا كانت المجنونة ممن تحيض وعرف حيضها . . فعدتها به ، وإلا . . فكالمتحيرة ، وما وقع في « الشرح » و« الروضة » من أن المجنونة تعتد بالأشهر . . مردود .

فَإِنْ طُلِّقَتْ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ . . فَبَعْدَهُ هِلاَلاَنِ وَتُكَمِّلُ ٱلْمُنْكَسِرَ ثَلاَثِينَ ، فَإِنْ حَاضَتْ فِيهَا . . وَجَبَتِ ٱلأَقْرَاءُ ، وَأَمَةٍ : بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ ، وَفِي قَوْلٍ : شَهْرَانِ ، وَفِي قَوْلٍ : بِثَلاَثَةٍ . وَمَنِ ٱنْقَطَعَ دَمُهَا لِعِلَّةٍ كَرَضَاعٍ وَمَرَضٍ . . تَصْبِرُ حَتَّىٰ تَحِيضَ ، أَوْ تَيْأَسَ . . فَبِٱلأَشْهُرِ ، . . . .

قال : (**فإن طلقت في أثناء شهر . . فبعده هلالان وتكمل المنكسر ثلاثين**) سواء كان المنكسر كاملاً أو ناقصاً ، وقال ابن بنت الشافعي : إذا انكسر شهر . . انكسر الجميع فتعتد بتسعين يوماً ، وقد تقدم في (السلم) فيه إشكال مشهور يأتي هنا .

قال : (**فإن حاضت فيها . . وجبت الأقراء**) ؛ لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البدل فانتقلت إليه كالمتيمم إذا وجد الماء في أثناء التيمم ، لـٰكن يشكل علىٰ هـٰذا ما لو استطاع الرقبة في الكفارة وهو في أثناء الصوم كما تقدم .

وإذا قلنا بوجوب الأقراء . . فهل يحسب ما مضىٰ في حق الصغيرة قرءاً أو لا؟ الصحيح : عدم الاحتساب كما صرح به في « تصحيح التنبيه » .

قال : (**وأمة : بشهر ونصف**) ؛ لإمكان التوزيع بخلاف الأقراء ، وكما أنها تعتد عن الوفاة بشهرين وخمس ليال .

قال : (**وفي قول : شهران**) ؛ لأنها بدل عن القرأين .

قال : (**وفي قول : بثلاثة**) ؛ لعموم الآية ، ولأنه أقل زمان يظهر فيه الاستبراء ؛ فإن الولد يتخلق في ثمانين يوماً ثم يتبين الحمل بعد ذلك ، وما يتعلق بالطبع لا يختلف فيه الحكم بين الحرائر والإماء كما تقدم ، وصححه المحاملي وسليم والروياني ، وهو أقيس والأول أحوط ، وعن أحمد ثلاث روايات كالثلاثة أقوال .

قال : (**ومن انقطع دمها لعلة كرضاع ومرض . . تصبر حتىٰ تحيض**) أي : فتعتد بالأقراء (**أو تيأس . . فبالأشهر**) ولا تبالي بطول المدة ؛ لأن الله تعالىٰ لم يجعل الاعتداد بالأشهر إلا للتي لم تحض والآيسة ، وهـٰذه ليست واحدة منهما ، ولأنها ترجو عود الدم فأشبهت من انقطع دمها لعارض أو مرض .

وقد تقدم ما رواه مالك [٢/٥٧٢] والبيهقي [٧/٤١٩] عن حبان بن منقذ : أنه طلق

أَوْ لاَ لِعِلَّةٍ . . فَكَذَا فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ ، وَفِي قَوْلٍ : أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُّ بِٱلأَشْهُرِ . . . .

امرأته طلقة واحدة ، وكانت لها بنية صغيرة ترضعها فتباعد حيضها ، فمرض حبان فقيل له : إنك إن مت ورثتك فمضىٰ إلىٰ عثمان وعنده علي وزيد رضي الله عنهم ، فسأله عن ذلك فقال لعلي وزيد : ما تريان؟ قالا : نرىٰ أنها إن ماتت . . ورثْتَها وإن مت . . ورثتك ؛ لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من اللائي لم يبلغن المحيض ، فرجع حبان إلىٰ أهله فانتزع البنت منها فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ، فمات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنهم .

قال : (**أو لا لعلة . . فكذا في الجديد**) ؛ لأن الأشهر شرعت للتي لم تحض والتي أيست وهـٰذه غيرهما ، ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالأشهر قبل سن اليأس كالتي انقطع دمها لعارض .

قال : (**وفي القديم : تتربص تسعة أشهر**) ؛ ليعرف فراغ الرحم لأن الغالب أن الحمل لا يمكث في البطن أكثر من ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، وإلىٰ هـٰذا ذهب مالك وأحمد ، مستدلين بأن ابن عمر قضىٰ به بين المهاجرين والأنصار ولم ينكر عليه أحد(1) ، قال البارزي : وقد أفتيت به لما فيه من دفع الضرر الشديد عن النساء بالصبر إلى اليأس لا سيما الشواب ، ولأن المستحاضة المتحيرة التي أمرناها بالاحتياط تعتد بثلاثة أشهر .

قال : (**وفي قول : أربع سنين**) ؛ لأنها أكثر مدة الحمل ، وهـٰذا قديم أيضاً ، وخرج على القديم قول : أنها تتربص ستة أشهر ، وحاصل القديم : أنها تصبر مدة الحمل لـٰكن غالبه أو أكثره أو أقله .

قال : (**ثم تعتد بالأشهر**) أي : علىٰ كل قول من أقوال القديم تعبداً كما تعتد المعلق طلاقها على الولادة مع تحقق براءة الرحم .

---

(1) مالك (٢/ ٥٨٢) ، والشافعي في « المسند » (١/ ٢٩٨) ، والبيهقي (٧/ ٤١٩) ، كلهم عن عمر رضي الله عنه .

فَعَلَى ٱلْجَدِيدِ : لَوْ حَاضَتْ بَعْدَ ٱلْيَأْسِ فِي ٱلأَشْهُرِ . . وَجَبَ ٱلأَقْرَاءُ ، أَوْ بَعْدَهَا . . فَأَقْوَالٌ : أَظْهَرُهَا : إِنْ نَكَحَتْ . . فَلاَ شَيْءَ ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَقْرَاءُ . وَٱلْمُعْتَبَرُ : يَأْسُ عَشِيرَتِهَا ، . . . .

قال : (**فعلى الجديد : لو حاضت بعد اليأس في الأشهر . . وجب الأقراء**) ؛ للقدرة على الأصل قبل تمام البدل ، ويحسب ما مضىٰ قرءاً بلا خلاف ، وعلى القديم : إذا حاضت في أثناء التربص أو الأشهر . . انتقلت إلى الأقراء ، أو بعد ذلك . . فأوجه : أصحها : الثالث : إن كان بعد أن نكحت . . استمر النكاح ، أو قبله . . انتقلت إلى الأقراء ، فهو قريب من تفريع الجديد غير أن الخلاف هنا وجوه .

قال : (**أو بعدها . . فأقوال : أظهرها : إن نكحت . . فلا شيء ، وإلا . . فالأقراء**) ؛ لتعلق حق الزوج ، وللشروع في المقصود كالمتيمم إذا رأى الماء بعد الشروع في الصلاة .

والثاني ـ واختاره البغوي ـ : تنتقل إلى الأقراء مطلقاً ؛ لأنه بان أنها ليست آيسة ، بخلاف الصغيرة ؛ فإنها برؤية الحيض لا تخرج عن كونها وقت الاعتداد من اللائي لم يحضن .

والثالث : المنع مطلقاً ؛ لانقضاء العدة ظاهراً ، كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر . . فإنه لا يلزمها شيء ؛ لأنا لو ألزمناها الانتقال إلى الأقراء . . لم تنقض عدتها بالأشهر غالباً ؛ لأن الغالب في كل صغيرة انتهاؤها إلى الحيض ، وبهٰذا فارقت الآيسة إذا حاضت بعد الأشهر .

قال : (**والمعتبر : يأس عشيرتها**) أي : أقاربها من الأبوين ؛ لتقاربهن طبعاً وخلقاً .

وقيل : الاعتبار بنساء العصبات كمهر المثل ، وهو بعيد .

وقيل بنساء بلدها ؛ لأن للأهوية تأثيراً في الأمزجة والطباع .

فعلى الأول : إذا اختلفت عادة عشيرتها . . اعتبر بأقل عادة امرأة منهن ، قاله في « المطلب » ، وقيل : أكثرها عادة ، قال في « الذخائر » : وهو القياس .

وَفِي قَوْلٍ : كُلُّ ٱلنِّسَاءِ . قُلْتُ : ذَا ٱلْقَوْلُ أَظْهَرُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَصْلٌ :

عِدَّةُ ٱلْحَامِلِ بِوَضْعِهِ بِشَرْطِ نِسْبَتِهِ إِلَىٰ ذِي الْعِدَّةِ ....

قال : (**وفي قول : كل النساء**) للاحتياط وطلب اليقين ، قال الإمام : ولا يمكن طوف العالم والفحص عن سكان الأقاليم ، وإنما المراد ما يبلغنا خبره ويعرف .

قال : (**قلت : ذا القول أظهر والله أعلم**) وصححه الرافعي أيضاً في شرحه ، وإليه ميل الأكثرين فلو لم تكن لها قرابة أو تعذر معرفة حالهن . . فالاعتبار عند صاحب « الكافي » بجميع النساء .

تتمة :

المراد بكل النساء : نساء عصرها ، لا من تقدم كما صرح به القاضي والمتولي والفوراني ، وسواء وافقهن من تقدمهن أم لا ، وعلى الأصح : الأشهر أنه اثنان وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون ، وقيل : سبعون .

قال السرخسي : وحكي أن امرأة حاضت تسعين سنة ، ويقرب منه ما حكاه الماوردي : أن امرأة من بني تميم عاودها الدم بعد اليأس كما كان يعاودها في زمن الشبيبة وكان سنها نحو سبعين سنة ، فأفتىٰ بأنه حيض يلزمها أحكامه .

والخامس : خمسة وثمانون ، والسادس : في « البيان » : أن العربية إلىٰ ستين وغيرها إلىٰ خمسين ، وأسقطه من « الروضة » ، وهو في « الشرح » ، قال الماوردي : وهـٰذا قول لا يتحقق .

قال : (**فصل :**

عدة الحامل بوضعه) سواء الحرة والأمة ، بفراق حي أو ميت ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ .

قال : (**بشرط نسبته إلىٰ ذي العدة**) زوجاً كان أو غيره ، فتعتد زوجة المسلول الأنثيين الباقي الذكر بوضعه على الأصح كما تقدم .

وَلَوِ ٱحْتِمَالاً كَمَنْفِيٍّ بِلِعَانٍ . وَٱنْفِصَالِ كُلِّهِ حَتَّىٰ ثَانِي تَوْأَمَيْنِ ، . . . .

قال : (**ولو احتمالاً كمنفي بلعان**) فإذا لاعن الحامل ونفى الحمل ثم وضعته . . انقضت العدة به وإن انتفى الحمل عنه في الظاهر ؛ لأنه يمكن أن يكون كما تزعمه ، والقول في العدة قول المرأة إذا تحقق الإمكان ، ولهـٰذا : لو استلحقه . . لحقه .

ولو حذف قوله : (بلعان) . . كان أولىٰ ؛ فإنه إذا انتفىٰ بغير لعان كما لو أتت به لأكثر من أربع سنين فادعت أنه راجعها أو وطئها بشبهة وأنكر . . فإن العدة تنقضي بوضعه .

وأشار بـ(الكاف) إلىٰ عدم انحصار المحتمل في الملاعن ، كما لو علق طلاقها بولادتها فأتت بولدين بينهما أكثر من ستة أشهر . . فالثاني منتف عنه ، وتنقضي العدة به .

وكذلك إذا أتت بولد لأكثر من أربع سنين ولم يحدث لها فراش ولا وطء شبهة . . فهو منتف عنه ، وتنقضي به العدة كما نقله الإمام عن الأئمة ، لـٰكن قال الرافعي : الأشهر خلافه .

واحترز بقوله : (احتمالاً) عما لا يحتمل ذلك ، كما إذا مات الصبي الذي لا يلحقه الولد وامرأته حامل . . فعدتها بالأشهر كما سيأتي ، وكذلك الممسوح ومن وضعته لدون ستة أشهر من العقد .

قال : (**وانفصال كله**) فلا تنقضي بخروج بعض الولد ؛ لأنه لا تحصل به براءة الرحم ، ولأن الله تعالىٰ قال : ﴿ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وهـٰذه لم تضع حملها ، وكذلك تبقىٰ سائر أحكام الجنين في الذي خرج بعضه دون بعض كنفي توريثه ، وسراية العتق إليه من الأم ، وعدم إجزائه في الكفارة ، ووجوب الغرة عند الجناية على الأم وتبعيتها في البيع والهبة ونحو ذلك ، وذكر الشيخان في الغرة ما يخالف ما قالاه هنا ، وقال ابن أبي الدم : لو فصل بين أن يخرج معظمه فيكون كالمنفصل وبين أن يكون معظمه مجتناً فكالمتصل . . لم يبعد .

قال : (**حتىٰ ثاني توأمين**) ؛ لأنه حمل واحد فشملتهما الآية ، وله الرجعة قبل وضع الثاني .

وَمَتَىٰ تَخَلَّلَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . . فَتوْأَمَانِ . وَتَنْقَضِي بِمَيْتٍ لاَ عَلَقَةٍ ، وَبِمُضْغَةٍ فِيهَا صُورَةُ آدَمِيٍّ خَفِيَّةٌ أَخْبَرَ بِهَا ٱلْقَوَابِلُ ، . . . .

قال : (ومتىٰ تخلل دون ستة أشهر . . فتوأمان) فتستمر الأحكام الثابتة في العدة إلىٰ وضعه ؛ لأن ذلك أقل مدة الحمل .

فرع :

يصح نكاح الحامل من الزنا بلا خلاف ، وهل له وطئها قبل أن تضع؟ وجهان : أصحهما : نعم ؛ إذ لا حرمة له ، ومنعه ابن داوود وأبو حنيفة ومالك مستدلين بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تسق بمائك زرع غيرك » رواه الحاكم [٢/٥٦] وقال : صحيح الإسناد ، ورواه أبو داوود [٢١٥١] والترمذي [١١٣١] بلفظ : « لا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » .

فإذا وطئها وطلقها قبل الوضع . . شرعت في العدة من حين الطلاق إن كانت من ذوات الأشهر ، وإن كانت من ذوات الأقراء ، فإن لم تكن ترى الدم أو رأته وقلنا : إنه ليس بحيض . . اعتدت بالأقراء بعد الوضع ، وإن رأته وقلنا : إنه حيض . . ففي الاعتداد به وجهان : أصحهما : نعم .

قال : (وتنقضي بميت) ؛ لإطلاق الآية .

قال : (لا علقة) ؛ لأنها لا تسمىٰ حملاً .

قال : (وبمضغة فيها صورة آدمي خفية أخبر بها القوابل) أي : تنقضي بذلك ؛ لحديث سبيعة الأسلمية[1] ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسألها عن صفة حملها ، ونقل ابن المنذر فيه الإجماع .

ويحكىٰ : أن الإصطخري توقف فيه ، فصب القوابل عليها ماءً فظهرت الصورة فيه .

والقوابل ـ جمع قابلة ـ وهي : التي تتلقى الولد عند وضعه .

---

(١) البخاري (٣٩٩١) ومسلم (١٤٨٤) .

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ صُورَةٌ وَقُلْنَ : هِيَ أَصْلُ آدَمِيٍّ . . ٱنْقَضَتْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَوْ ظَهَرَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ حَمْلٌ لِلزَّوْجِ . . ٱعْتَدَّتْ بِوَضْعِهِ . وَلَوِ ٱرْتَابَتْ فِيهَا . . لَمْ تَنْكِحْ حَتَّىٰ تَزُولَ ٱلرِّيبَةُ ، أَوْ بَعْدَهَا أَوْ بَعْدَ نِكَاحٍ ٱسْتَمَرَّ إِلاَّ أَنْ تَلِدَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عَقْدِهِ ، . . . .

قال : (**فإن لم تكن صورة**) أي : بينة ولا خفية (**وقلن : هي أصل آدمي . . انقضت على المذهب**) ؛ لأن براءة الرحم تحصل برؤية الدم فهـٰذا أولىٰ ، والنص أنه لا تجب به الغرة ولا تصير به الأمة أم ولد ، وسيأتي الفرق بين ذلك .

فلو شك فيها القوابل . . لم يثبت شيء من الأحكام على المشهور المنصوص ، وحكى القاضي وجهاً في انقضاء العدة به .

ولو اختلف الزوجان فيما وضعته ، فادعت أنه مما تنقضي به العدة وخالفها الزوج . . صدقت بيمينها ؛ لأنها مصدقة في أصل السقط فكذا في صفته .

قال : (**ولو ظهر في عدة أقراء أو أشهر حمل للزوج . . اعتدت بوضعه**) ؛ لأنهما يدلان على البراءة ظاهراً ، والحمل يدل عليها قطعاً ، وكذلك الحكم لو ظهر الحمل بعد العدة . . فإنها تعتد به كما صرح به الصيمري ، وعبارة المصنف قاصرة عن هـٰذه الصورة .

قال : (**ولو ارتابت فيها**) أي : لم يظهر الحمل بأمارة وإنما أحست بحركة أو ثقل فيها ؛ أي : في العدة التي بالأشهر أو الأقراء (. . **لم تنكح حتىٰ تزول الريبة**) إما بمضي زمن يزعم النساء أنها لا تلد فيه ، أو غير ذلك ، فإن نكحت في الريبة . . بطل وإن تبين وقوعه بعد العدة ؛ للتردد في انقضائها ، وهو مشكل علىٰ ما لو باع مال أبيه علىٰ ظن حياته .

قال : (**أو بعدها**) أي : بعد تمام الأقراء أو الأشهر (**أو بعد نكاح استمر**) أي : النكاح للحكم بانقضاء العدة ظاهراً ولثبوت حق الزوج .

قال : (**إلا أن تلد لدون ستة أشهر من عقده**) فإنه يحكم ببطلانه ؛ لتحقق أنها كانت حاملاً يوم العقد .

أَوْ بَعْدَهَا وَقَبْلَ نِكَاحٍ . . فَلْتَصْبِرْ حَتَّىٰ تَزُولَ ٱلرِّيبَةُ ، فَإِنْ نَكَحَتْ . . فَٱلْمَذْهَبُ : عَدَمُ إِبْطَالِهِ فِي ٱلْحَالِ ، فَإِنْ عُلِمَ مُقْتَضِيهِ . . أَبْطَلْنَاهُ . وَلَوْ أَبَانَهَا فَوَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ . . لَحِقَهُ ، . . . .

قال : (**أو بعدها وقبل نكاح . . فلتصبر حتىٰ تزول الريبة**) احتياطاً وورعاً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « دع ما يريبك إلىٰ ما لا يريبك »[1] .

وعبارة المصنف تقتضي وجوب الصبر ، وبه صرح الجويني في «السلسلة»، وقال الإمام: إن بلغت مبلغاً يقال فيه : إنها حامل . . لم يجز لها أن تنكح حتىٰ تزول الريبة .

وعبارة « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » والجمهور الأُولىٰ ، وفي « التنبيه » : ويكره نكاح المرتابة بالحمل .

قال : (**فإن نكحت**) أي : ولم تصبر إلىٰ زوال الريبة (. . **فالمذهب : عدم إبطاله في الحال**) ؛ لأن العدة قد انقضت في الظاهر وتعلق بها حق الزوج الثاني فلا ينقض الحكم بانقضائها بمجرد الشك .

قال : (**فإن علم مقتضيه . . أبطلناه**) أي : حكمنا ببطلانه ؛ لتبين فساده وهـٰذا أصح الطرق .

والطريقة الثانية : أنه علىٰ قولين مبنيين علىٰ وقف العقود .

والثالثة : القطع ببطلان النكاح مع الريبة ؛ لأنها لا تدري أحلت للأزواج أم لا .

وهـٰذا الحكم لا يختص بالنكاح ، بل لو راجعها الزوج قبل زوال الريبة . . وقفت الرجعة ، فإن بان حمل . . صحت الرجعة ، وإلا . . بطلت ، نص عليه .

وقال الشيخ أبو محمد : لا يختلف المذهب فيه ، وليس هـٰذا الوقف كالوقف في القديم ؛ فإن ذلك وقف في نفس الأمر ، وهـٰهنا العقد صحيح غير أنه يرتفع بمعنىً ظهر في الثاني .

قال : (**ولو أبانها فولدت لأربع سنين . . لحقه**) ؛ لقيام الإمكان ، فإن الحمل قد يبلغ ذلك .

---

(١) أخرجه ابن خزيمة (٢٣٤٨) ، وابن حبان (٧٢٢) ، والترمذي (٢٥١٨) ، والنسائي (٨/ ٣٢٧) ، وغيرهم .

قال مالك : هـٰذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة ، تحمل كل بطن أربع سنين .

وروى الشافعي عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد القرشي أنه قال : أراني سعيد بن المسيب رجلاً وقال : إن أبا هـٰذا غاب عن أمه أربع سنين ، فولدته وله ثنايا .

وذكر جماعة أن منظور بن زبان وهرم بن حيان ولد كل منهما لأربع سنين .

وقيل : إن أبا حنيفة رضي الله عنه حملت به أمه ثلاث سنين ، والضحاك بن مزاحم حملت به أمه ستة عشر شهراً ، وهـٰذا إذا وجد في الأعيان كثيراً . . ففي العامة أكثر .

واستدل له الرافعي بأن عمر أمر امرأة المفقود أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ، قال : وإنما قدرها بذلك ؛ لأنها نهاية مدة الحمل .

وقال المزني : أكثر مدته سنتان ، وهو مذهب أبي حنيفة .

وعن الزهري وربيعة والليث : أكثر مدته سبع سنين .

وعن مالك ثلاث روايات : أربع سنين ، وخمس سنين ، وسبع سنين .

واستشكل الشيخ عز الدين الإلحاق في هـٰذه المدة مع كثرة الفساد في هـٰذا الزمان ، والحكم لا يختص بالبائن ، بل الرجعية كذلك كما سيأتي .

تنبيه :

أطلق الشافعي والأصحاب المسألة ، واعترض منصور التميمي في المستعمل فقال : إذا لحقه الولد الذي أتت به لأربع سنين من وقت الطلاق . . لزم أن تكون مدة الحمل أكثر من أربع سنين ؛ لتقدم العلوق على الطلاق ، فينبغي أن يقال : أربع سنين من وقت إمكان العلوق قبيل الطلاق .

قال الرافعي : وهـٰذا قويم ، وفي الإطلاق تساهل ، وقال في الشرح الصغير : إنه الحق ، وانتصر في « المطلب » للأصحاب ورد كلام منصور بكلام فيه قصور .

قال : (**أو لأكثر . . فلا**) ؛ لعدم الإمكان ، وهـٰذه تقدمت في (باب اللعان) .

وَلَوْ طَلَّقَ رَجْعِيّاً . . حُسِبَتِ ٱلْمُدَّةُ مِنَ ٱلطَّلَاقِ ، وَفِي قَوْلٍ : مِنِ ٱنْصِرَامِ ٱلْعِدَّةِ . وَإِنْ نَكَحَتْ بَعْدَ ٱلْعِدَّةِ فَوَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . . فَكَأَنَّهَا لَمْ تَنْكِحْ ، وَإِنْ كَانَ لِسِتَّةٍ . . فَٱلْوَلَدُ لِلثَّانِي . وَلَوْ نَكَحَتْ فِي ٱلْعِدَّةِ فَاسِداً فَوَلَدَتْ لِلإِمْكَانِ مِنَ ٱلأَوَّلِ . . لَحِقَهُ وَٱنْقَضَتْ بِوَضْعِهِ ، ثُمَّ تَعْتَدُّ لِلثَّانِي ، . . . .

قال : (**ولو طلق رجعياً . . حسبت المدة من الطلاق**) ؛ لأنها كالبائن في تحريم الوطء ، فكذلك في أمر الولد .

قال : (**وفي قول : من انصرام العدة**) ؛ لأنها كالمنكوحة في غالب الأحكام من لحوق الإيلاء والظهار والإرث فكذلك في لحوق الولد ، وقال أبو إسحاق : يلحقه الولد من الرجعية أبداً .

قال السرخسي : سئل أبو إسحاق عن ولد الرجعية إلىٰ متىٰ يلحق؟ فقال : إلىٰ ثلاثة آلاف سنة ، أراد بذلك المبالغة في التأبيد .

قال : (**وإن نكحت بعد العدة فولدت لدون ستة أشهر**) أي : من النكاح الثاني (. . **فكأنها لم تنكح**) فيكون الحكم كما سبق ، إن ولدت لأربع سنين فأكثر . . لم يلحق ، أو لأقل من ذلك . . لحق ، وحيث لحق . . فنكاح الثاني باطل ، وإلا . . فصحيح .

قال : (**وإن كان لستة . . فالولد للثاني**) ولو أمكن كونه من الأول لأن الفراش الثاني أقوىٰ ؛ لتأخره ، ولأنه صح ظاهراً ولو ألحقنا الولد بالأول لبطل النكاح ؛ لوقوعه في العدة .

قال : (**ولو نكحت في العدة فاسداً فولدت للإمكان من الأول . . لحقه وانقضت بوضعه ، ثم تعتد للثاني**) إذا نكحت المرأة في العدة ، فإن وطئها الزوج عالماً بالتحريم . . فهو زان لا يؤثر وطؤه في العدة ، وإن جهل التحريم لظنه انقضاء العدة أو أن المعتدة لا يحرم نكاحها . . انقطعت به العدة لمصيرها فراشاً للثاني ، ودعوى الجهل بتحريم المعتدة لا تقبل إلا من قريب العهد بالإسلام ، ودعوى الجهل بكونها معتدة تقبل من كل أحد ، ثم إذا فرق بينهما . . تكمل عدة الأول ثم تعتد للثاني ، والحكم في لحوق الولد كما سبق .

أَوْ لِلإِمْكَانِ مِنَ ٱلثَّانِي . . لَحِقَهُ ، أَوْ مِنْهُمَا . . عُرِضَ عَلَىٰ ٱلْقَائِفِ ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمَا . . فَكَٱلإِمْكَانِ مِنْهُ فَقَطْ . . . .

وقوله : (في العدة فاسداً) تعبير ناقص ؛ لأن النكاح في العدة لا يكون إلا فاسداً .

وعبارة « المحرر » محررة ؛ فإنه قال : ولو نكح فاسداً بأن نكح في العدة ، أما إذا نكح بعد الانقضاء وهو يظن بقاءها عند العقد . . فخرجه في « المطلب » علىٰ ما إذا باع مال أبيه علىٰ ظن حياته . . فيصح .

قال : (**أو للإمكان من الثاني**) بأن ولدته لستة أشهر فأكثر من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول (. . **لحقه**) أي : لحق الثاني ؛ لما تقدم ، وهـٰذا إذا كان طلاق الأول بائناً ، فإن كان رجعياً . . فقولان لا ترجيح فيهما :

أحدهما : كذلك ، وهو ظاهر عبارة المصنف .

والثاني : يعرض على القائف .

قال : (**أو منهما . . عرض على القائف ، فإن ألحقه بأحدهما . . فكالإمكان منه فقط**) فيأتي ما تقدم ، فإن كان الملحق به هو المطلق . . فقد انقضت عدة الطلاق واستقبلت عدة الآخر بالأقراء .

واحترز بقوله : (ألحقه بأحدهما) عما إذا ألحقه بهما أو اشتبه الأمر عليه أو لم يكن قائف . . فينتظر بلوغه وانتسابه بنفسه .

وبقي من أقسام المسألة ما إذا لم يمكن من واحد منهما بأن كان لدون ستة أشهر من وطء الثاني وأكثر من أربع سنين من طلاق الأول . . فإنه لا يلحق بواحد منهما ، وسكت المصنف عنه ؛ لوضوحه .

تتمة :

إذا كانت ترى الدم على الحمل وقلنا : إنه حيض . . لم تنقض به عدتها عن صاحب الحمل ؛ لأن المقصود من الأقراء معرفة البراءة ، وهـٰذه الأقراء ما دلت علىٰ براءة الرحم .

فَصْلٌ :

لَزِمَهَا عِدَّتَا شَخْصٍ مِنْ جِنْسٍ ؛ بِأَنْ طَلَّقَ ثُمَّ وَطِىءَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ جَاهِلاً أَوْ عَالِماً فِي رَجْعِيَّةٍ . . تَدَاخَلَتَا ؛ فَتَبْتَدِىءُ عِدَّةً مِنَ ٱلْوَطْءِ ، وَتَدْخُلُ فِيهَا بَقِيَّةُ عِدَّةِ ٱلطَّلَاقِ . . . .

واستدل البيهقي [٧/ ٤٢٢] لأن الحامل تحيض بقول عائشة : كنت قاعدة أغزل ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخصف نعله ، فنظرت إليه صلى الله عليه وسلم فجعل جبينه يعرق ، وجعل عرقه يتولد نوراً فبهت ، فنظر النبي صلى الله عليه وسلم وقال : « ما لكِ يا عائشة؟ » قلت : يا رسول الله ؛ نظرت إليك فجعل جبينك يعرق ، وجعل عرقك يتولد نوراً ، فلو رآك أبو كبير الهذلي . . لعلم أنك أحق بشعره ، قال : « وما يقول أبو كبير؟ » قلت : يقول [من الكامل] :

ومبـــرأ مـــن كـــل غبـــر حيضـــة ... وفســـاد مـــرضعـــة وداء مغيـــل
وإذا نظـــرت إلـــى أســـرة وجهـــه ... لمعـــت كبـــرق ٱلعـــارض ٱلمتهلـــل

فوضع النبي صلى الله عليه وسلم ما في يده وقام وقبل بين عيني وقال : « يا عائشة ؛ جزاك الله عني خيراً » وكذا رواه الحافظ أبو بكر أحمد بن علي الخطيب [١٣/ ٢٥٢] بسند فيه أبو عبيدة معمر بن المثنىٰ ، وهو من غرائب حديثه .

قال : (**فصل :**

لزمها عدتا شخص من جنس ؛ بأن طلق ثم وطىء في عدة أقراء أو أشهر) أي : ولم تحبل من ذلك (**جاهلاً**) بأن ظنها زوجته الأخرىٰ ، أو نسي الطلاق أو نسي التحريم .

قال : (**أو عالماً في رجعية . . تداخلتا**) أي : العدتان (**فتبتدىء عدة من الوطء ، وتدخل فيها بقية عدة الطلاق**) ؛ **لأن** مقصود عدة الوطء والطلاق واحد فيندرج فيها ما بقي من عدة الطلاق ، وقدر تلك البقية يكون مشتركاً واقعاً عن الجهتين جميعاً ، فتجوز له الرجعة في تلك البقية لا بعدها ، وكذا له تجديد النكاح ، وفي مسألة النكاح وجهان آخران :

فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَمْلاً وَٱلأُخْرَىٰ أَقْرَاءً . . تَدَاخَلَتَا فِي ٱلأَصَحِّ ؛ فَتَنْقَضِيَانِ بِوَضْعِهِ ، وَيُرَاجِعُ قَبْلَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ ٱلْحَمْلُ مِنَ ٱلْوَطْءِ . . فَلاَ . . . .

أحدهما : عن الحليمي أن البقية تسقط ، ويتمحض الجميع للوطء ، وزيفه الإمام بأن عدة النكاح أقوىٰ فقطع الأقوىٰ بالأضعف محال .

قال الرافعي : وقياس قوله أن لا رجعة في البقية ، لـٰكن الإجماع صد عنه .

والوجه الثاني : أن الباقي من عدة الطلاق يبقىٰ متمحضاً للطلاق ، ولا يوجب الوطء إلا ما وراء ذلك إلىٰ تمام ثلاثة أقراء .

وحكى ابن يونس وجهاً ثالثاً : أنه تكفي بقية العدة الأولىٰ ، ويسقط حكم الوطء من الاعتداد .

قال : (**فإن كانت إحداهما حملاً والأخرىٰ أقراء**) هـٰذا قسيم قوله : (من جنس) ؛ إذ هـٰذه جنسان بأن طلقها وهي حائل ثم وطئها في الأقراء وأحبلها ، أو طلقها وهي حامل ثم وطئها قبل الوضع .

قال : (. . **تداخلتا في الأصح**) ؛ لأنهما من جنس واحد فأشبها المتجانستين .

والثاني : لا تداخل ؛ لأن التداخل يليق بالمتفقات ، بدليل أن الحدود تأبى التداخل في المتفقات منها دون المختلفات .

قال : (**فتنقضيان بوضعه**) ؛ لأن ذلك فائدة التداخل .

قال : (**ويراجع قبله**) أي : قبل الوضع ، سواء طرأ الحمل على الوطء أو عكس[١] .

أما الأول[٢] . . فبالاتفاق ؛ لأنها في عدة طلاق رجعي والحمل لا يتبعض .

وأما الثانية . . فعلى الأصح ؛ لأنها في عدة الطلاق وإن لزمها عدة أخرىٰ .

قال : (**وقيل : إن كان الحمل من الوطء . . فلا**) أي : فلا رجعة بناء علىٰ أن عدة الطلاق قد سقطت ، وهي الآن معتدة من الوطء ، والأصح : نعم ؛ لأنها في عدة الطلاق وإن وجبت عليها عدة أخرىٰ ، وكذا الخلاف في النفقة ، وقيل : يجب قطعاً .

---

(١) في هامش (م) : (الوطء على الحمل) .

(٢) كذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب : (الأولىٰ) .

أَوْ لِشَخْصَيْنِ ؛ بِأَنْ كَانَتْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ أَوْ شُبْهَةٍ فَوُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ كَانَتْ زَوْجَةً مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ فَطُلِّقَتْ . . فَلاَ تَدَاخُلَ ، . . . .

تنبيه :

قيد في « التنقيح » و« التصحيح » تداخل العدتين بما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل ، أو رأته ولم تجعله حيضاً ، قال : فأما إذا رأته وقلنا : إنه حيض . . ففي « الشرح » و« الروضة » : أن الأقراء الباقية من العدة الأولىٰ لا تدخل في الحمل ، بل تنقضي العدة الأولىٰ بفراغها ، سواء تقدمت أو تأخرت ، وتكون الرجعة دائرة معها ، وهـٰذا التقييد وقع في بعض شروح « الحاوي » ، فاغتر به الشيخ جمال الدين وهو وهم ؛ فإن هـٰذه الصورة مفرعة على المرجوح ، وهو عدم التداخل في صورة الحمل كما هو في « الشرح » و« الكفاية » و« نكت التنبيه » .

قال : (**أو لشخصين ؛ بأن كانت في عدة زوج أو شبهة فوطئت بشبهة أو نكاح فاسد ، أو كانت زوجة معتدة عن شبهة فطلقت . . فلا تداخل**) بل تعتد عن كل واحد منهما بعدة كاملة خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : ما روىٰ مالك [٢/٥٣٦] عن عمر والبيهقي [٧/٤٤١] عن علي أنهما قالا : إذا كان على المرأة عدتان من شخصين . . لا تتداخلان ، ولا مخالف لهما من الصحابة إلا ما نقل عن ابن مسعود ولم يثبت .

ولأنهما حقان مقصودان لآدميين . . فلا يتداخلان كالدينين .

وشرط عدم التداخل : أن تكونا من شخصين محترمين ، فلو طلق حربي زوجته فوطئها في عدته حربي آخر بشبهة ، أو نكحها ووطئها ثم أسلمت مع الثاني ، أو دخلا بأمان وترافعا إلينا . . فالنص أنه لا يجتمع عليها عدتان ، بل تكفيها واحدة من يوم وطئها الثاني ، فمن الأصحاب من أخذ بهـٰذا النص ، ومنهم من قطع بوجوب عدتين كالمسلمين ، ومنهم من جعل المسألة علىٰ قولين .

وقول المصنف : (أو نكاح فاسد) يشمل هـٰذه الصورة ، ويقتضي أنه لا بد من عدتين ولا ترجيح في « الشرح » ولا في « الروضة » فيها .

فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ . . قَدَّمَتْ عِدَّتَهُ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ سَبَقَ ٱلطَّلاَقُ . . أَتَمَّتْ عِدَّتَهُ ثُمَّ ٱسْتَأْنَفَتِ ٱلأُخْرَىٰ ، وَلَهُ ٱلرَّجْعَةُ فِي عِدَّتِهِ ، فَإِذَا رَاجَعَ . . ٱنْقَطَعَتْ وَشَرَعَتْ فِي عِدَّةِ ٱلشُّبْهَةِ ، وَلاَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا حَتَّىٰ تَقْضِيَهَا . وَإِنْ سَبَقَتِ ٱلشُّبْهَةُ . . قَدَّمَتْ عِدَّةَ ٱلطَّلاَقِ ، . . . .

قال : (**فإن كان حمل . . قدمت عدته**) سواء كان سابقاً أم لاحقاً ؛ لأن عدة الحمل لا تقبل التأخير ، فإن كان الحمل للمطلق . . انقضت به عدته ثم تعتد للشبهة بالأقراء بعد النفاس ، وله الرجعة قبل الوضع ، قال الروياني : إلا في حال اجتماع الواطىء بها .

وإن كان الحمل للشبهة . . انقضت به عدتها ، ثم تكمل بقية عدة الطلاق ولو في النفاس على الصحيح ، وله الرجعة فيها لا فيما قبل الوضع علىٰ ما صححه البغوي والماوردي وغيرهما .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن حمل (**فإن سبق الطلاق . . أتمت عدته**) ؛ لتقدمها ، ولكونه من وطء في نكاح صحيح ، بخلاف الوطء في النكاح الفاسد .

قال : (**ثم استأنفت الأخرىٰ**) ؛ لعدم التزاحم ، وتشرع في الإتمام ثم الاستئناف عقب وطء الشبهة إذا لم يكن من الثاني إلا وطء شبهة كما في الصورة الأولىٰ ، فلو نكح فاسداً ووطىء كما في الصورة الثانية . . فزمن استفراشه لا يحسب عن واحد من العدتين ، وإنما يحسب من التفريق ، وقيل : من آخر وطأة .

قال : (**وله الرجعة في عدته**) يعني : إن كان الطلاق رجعياً ؛ لأنها زوجة في عدة طلاق رجعي .

قال : (**فإذا راجع . . انقطعت**) أي : عدته (**وشرعت في عدة الشبهة ، ولا يستمتع بها حتىٰ تقضيها**) ؛ لأنها معتدة عن غيره .

هٰذا كله إذا كان الطلاق رجعياً، فإن كان بائناً . . فهل له تجديد النكاح؟ فيه وجهان، قوة كلام الرافعي تقتضي ترجيح الجواز، كما يجوز له رجعتها ؛ لأنها في عدته.

قال : (**وإن سبقت الشبهة . . قدمت عدة الطلاق**) ؛ لأن سببها أقوىٰ لتعلقها بالنكاح .

وَقِيلَ : ٱلشُّبْهَةِ .

فَصْلٌ :

عَاشَرَهَا كَزَوْجٍ بِلاَ وَطْءٍ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ . . فَأَوْجُهٌ : أَصَحُّهَا : إِنْ كَانَتْ بَائِناً . . ٱنْقَضَتْ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

قال : (**وقيل : الشبهة**) ؛ لسبقها ثم تعتد عن الطلاق .

تتمة :

لو طرأ وطء شبهة علىٰ عدة شبهة . . قدمت الأولىٰ بلا خلاف ، ولو نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها غيره بشبهة وفرق بينهما لظهور فساد النكاح . . قال البغوي : قدمت عدة الشبهة بلا خلاف ؛ لأن عدته من الوطء ، وتلك من التفريق فقدمت لتقديم سببها ، وليس للفاسد قوة الصحيح ، ولو طلق ومضىٰ قرءان فنكحت فاسداً ودام الفراش إلىٰ سن الإياس ثم فرق . . فتكمل الأولىٰ بشهر ثم تعتد للفاسدة بثلاثة أشهر .

قال : (**فصل :**

عاشرها كزوج بلا وطء في عدة أقراء أو أشهر . . فأوجه : أصحها : إن كانت بائناً . . انقضت ، وإلا . . فلا) إذا طلق زوجته وهجرها أو غاب عنها . . انقضت عدتها بمضي الأقراء أو الأشهر ، ولو لم يهجرها بل كان يطؤها ، فإن كان ذلك الطلاق بائناً . . لم يمنع انقضاء العدة ؛ لأن وطأه زنا لا حرمة له ، وإن كان رجعياً . . فلا تشرع في العدة ما دام يطؤها ؛ لأن العدة لبراءة الرحم وهي مشغولة بما يشغل الرحم ، وإن كان لا يطؤها ولـٰكن يخالطها ويعاشرها معاشرة الأزواج . . ففي انقضاء العدة أوجه :

وجه الأصح : أن مخالطة البائن محرمة لا تؤثر في العدة كوطئها في الدبر ، وفي الرجعية الشبهة قائمة وهو بالمعاشرة والمخالطة مستفرش لها ، فلا يحسب زمن استفراشه من العدة ، كما لو نكحت غيره في العدة . . لا يحسب زمن استفراشه عن العدة .

والثاني : لا تنقضي مطلقاً ؛ لأنها بالمعاشرة كالزوجة .

والثالث : عكسه ؛ لأن هـٰذه المخالطة لا توجب عدة فلا تمنعها .

وَلاَ رَجْعَةَ بَعْدَ ٱلأَقْرَاءِ وَٱلأَشْهُرِ . قُلْتُ : وَيَلْحَقُهَا ٱلطَّلاَقُ إِلَى ٱنْقِضَاءِ ٱلْعِدَّةِ ، وَلَوْ عَاشَرَهَا أَجْنَبِيٌّ . . ٱنْقَضَتْ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ نَكَحَ مُعْتَدَّةً بِظَنِّ ٱلصِّحَّةِ وَوَطِىءَ . . ٱنْقَطَعَتْ مِنْ حِينَ وَطِىءَ ، . . . .

والمراد بالمعاشرة : الخلوة ، وكذلك النوم معها ، ولا يضر دخول دار وهي فيها من غير خلوة .

قال الإمام : ولو مضىٰ من العدة مدة ثم حصلت خلوة . . فالذي مضىٰ لا ينقطع ، ولـٰكن لا يحسب زمن الخلوة منها ، ولو كان يخلو بها ليلاً ويفارقها نهاراً . . لم تحسب الأوقات المتخللة بين الخلوات من العدة .

قال : (**ولا رجعة بعد الأقراء والأشهر**) أي : وإن لم نحكم بانقضاء العدة ؛ رعاية للاحتياط من الجانبين ، كما لو وطىء الرجعية بعد مضي قرء من وقت الطلاق . . تعتد بثلاثة أقراء من وقت الوطء ، ولا تجوز الرجعة في القرء الثالث .

قال في « المهمات » : المعروف في المذهب المفتىٰ به : أن الرجعة تثبت كما أفتىٰ به البغوي وجزم به شيخه القاضي حسين ، وقد وقع للرافعي والمصنف هـٰذا الوهم ، وتبعهما ابن الرفعة عليه بزيادة ، وبقيت صورة سكتوا عنها وهي إذا قلنا : لا تنقضي العدة فماتا أو أحدهما هل يحكم بالتوارث؟ فيه نظر .

قال : (**قلت : ويلحقها الطلاق إلى انقضاء العدة**)؛ لأنه مقتضى الأخذ بالاحتياط .

قال : (**ولو عاشرها أجنبي . . انقضت والله أعلم**) ؛ لأنه لا شبهة له ، قال الإمام : لا نعرف خلافاً أنها لو كانت تخالط الأجانب تنقضي عدتها وإن تعرضت لسخط الله تعالىٰ .

والمصنف هـٰهنا أطلق الانقضاء بمعاشرة الأجنبي ، وفي « الروضة » و« أصلها » : أن محل ذلك إذا كانت بغير شبهة ، فإن كانت بشبهة . . فيجوز أن يمنع الاحتساب كما سبق ؛ لأنها في زمن الوطء خارجة عن العدة ، لـٰكن يرد علىٰ إطلاقه ما لو طلق زوجته الأمة فعاشرها السيد . . فإن فيه الخلاف السابق ، حتىٰ لا تنقضي في الرجعية .

قال : (**ولو نكح معتدة بظن الصحة ووطىء . . انقطعت من حين وطىء**) ؛ لأن النكاح الفاسد لا حرمة له ، ولا تجعل المرأة فراشاً ما لم يوجد الوطء ، وهـٰذه المسألة

وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهٍ : مِنَ ٱلْعَقْدِ . وَلَوْ رَاجَعَ حَائِلاً ثُمَّ طَلَّقَ . . ٱسْتَأْنَفَتْ ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : تَبْنِي إِنْ لَمْ يَطَأْ ، أَوْ حَامِلاً . . فَبِٱلْوَضْعِ ، . . . .

تقدمت في الفصل قبله في قوله : (في نكاح فاسد) ، ذكرت هناك لتصور عدتين من شخصين ، وهنا لبيان وقت انقضاء العدة الأولىٰ ، فإن لم يطأ . . لم تنقطع ، وقيل : إن خلا بها وعاشرها . . انقطعت وإن لم يطأ .

والأرجح في (حين): الفتح ؛ لأن بعدها فعل مبني ، ويجوز كسرها على الأصل .

قال : (**وفي قول أو وجه : من العقد**) ؛ لأنها بالعقد معرضة عن العدة ، ورجح في « الشرحين » كونه وجهاً ، وجزم به في « الروضة » .

وأفهم قوله : (من العقد) أنها سواء زفت إليه أم لا ، وقيل : يشترط الزفاف ، قال في « الروضة » : ومن أيِّ وقت نحكم بانقطاع العدة؟ فيه أربعة أوجه :

أصحها : من حين الوطء .

والثاني : من الخلوة وإن لم يطأ .

والثالث : من الزفاف .

والرابع : من العقد .

قال : (**ولو راجع حائلاً**) أي : ووطئها (**ثم طلق . . استأنفت**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ وهـٰذه مطلقة ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة والمزني ؛ لأنها بالرجعة عادت إلى النكاح الذي مسها فيه ، فالطلاق الثاني طلاق في نكاح وجد فيه المسيس فصار كما لو ارتدت بعد المسيس ثم أسلمت ثم طلقها . . فإنها تستأنف ، وهو كالخلاف في عود الحنث .

قال : (**وفي القديم : تبني إن لم يطأ**) ؛ لأنها حرمت عليه بالطلاق الأول ، ولم يمسها في العقد الجديد فصار كما إذا أبانها ثم جدد نكاحها وطلقها قبل أن يمسها . . فإنها تبني ، والشيخان تبعا ابن الصباغ في نسبة هـٰذا القول إلى القديم ، والشافعي نص على القولين في الجديد .

قال : (**أو حاملاً . . فبالوضع**) المراد : إذا راجع حاملاً ثم طلقها ثانية قبل الولادة . . انقضت عدتها بالولادة وطئها أم لا ؛ لعموم الآية .

فَلَوْ وَضَعَتْ ثُمَّ طَلَّقَ . . ٱسْتَأْنَفَتْ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَطَأْ بَعْدَ ٱلْوَضْعِ . . فَلاَ عِدَّةَ . وَلَوْ خَالَعَ مَوْطُوءَةً ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ وَطِىءَ ثُمَّ طَلَّقَ . . ٱسْتَأْنَفَتْ وَدَخَلَ فِيهَا ٱلْبَقِيَّةُ .

قال : (**فلو وضعت ثم طلق . . استأنفت**) ؛ لأنه طلاق في نكاح وجد فيه المسيس ، فيوجب العدة ، والوضع وجد في صلب النكاح ، والعدة لا تنقضي بما يوجد في صلب النكاح .

قال : (**وقيل : إن لم يطأ بعد الوضع . . فلا عدة**) فتنقضي عدتها بالوضع وإن كانت تحت الزوج .

هـٰذا كله إذا طلقها ثم راجعها ثم طلقها ، فلو طلقها ولم ير بضعها ثم طلقها أخرىٰ . . فالمذهب : أنها تبني على العدة الأولىٰ ؛ لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة ، فصارت كما لو طلقها طلقتين معاً ، وقال ابن خيران والإصطخري والقفال : في وجوب الاستئناف القولان .

وقيل : إن كان الطلاق رجعياً . . ثبت قولاً واحداً ، وإن كان بائناً . . فقولان .

قال : (**ولو خالع موطوءة ثم نكحها**) أي : في العدة (**ثم وطىء ثم طلق . . استأنفت ودخل فيها البقية**) أي : بقية العدة السابقة ؛ لأنهما من شخص واحد ، ولو قال المصنف : ولو أبانها . . كان أعم .

واقتضىٰ كلامه تصحيح نكاح المختلعة ، وهو المذهب ، وفي « المهذب » عن المزني أنه لم يجوزه له كما لا يجوزه لغيره ، واستغربه الرافعي .

وقال ابن سريج : إذا نكحها . . لا تنقطع العدة ما لم يطأها كما لو نكحها أجنبي في العدة جاهلاً .

والصحيح : أنها تنقطع بنفس النكاح ؛ لأن زوجته لا يجوز أن تكون معتدة منه ، وعلىٰ هـٰذا : فإذا طلقها بعد التجديد . . نظر ، إن كانت حاملاً . . انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإن كانت حائلاً ، فإن دخل بها . . استأنفت العدة قطعاً ، وإن لم يدخل بها . . بنت على العدة السابقة ، ولا يلزمه إلا نصف المهر ؛ لأن هـٰذا نكاح جديد طلق فيه قبل المسيس فلا تتعلق به العدة وكمال المهر ، بخلاف ما سبق من الرجعية ؛ فإنها تعود بالرجعة إلى النكاح ، وفي قول لا يعرف إلا في « التنبيه » : أنها تستأنف وبه قال أبو حنيفة .

فَصْلٌ :

عِدَّةُ حُرَّةٍ حَائِلٍ لِوَفَاةٍ وَإِنْ لَمْ تُوطَأْ : أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا ، وَأَمَةٍ : نِصْفُهَا . . . .

تتمة :

طلق زوجته الأمة ثم اشتراها . . انقطعت العدة في الحال علىٰ ظاهر المذهب ، وحلت له وتبقىٰ بقية العدة عليها حتىٰ يزول ملكه ، فحينئذ تقضيها ، حتىٰ لو باعها أو أعتقها . . لا يجوز تزويجها حتىٰ تنقضي بقية العدة ، قاله المتولي .

وقال ابن سريج : لا تنقطع حتىٰ يطأها ، ومن الأصحاب من قال : تسقط بقية العدة على الإطلاق .

قال : (**فصل :**

عدة حرة حائل لوفاة وإن لم توطأ . . أربعة أشهر وعشرة أيام بلياليها) هـٰذا هو الضرب الثاني من العدة ، قال تعالىٰ : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ .

وكانت هـٰذه العدة في ابتداء الإسلام سنة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ ثم نسخت .

ويستوي فيها الصغيرة والكبيرة ، وذات الأقراء وغيرها ، والمدخول بها وغيرها أخذاً بإطلاق الآية .

وإنما قال : (بلياليها) للتنبيه علىٰ معنى الآية ، وهـٰذا الحكم لا يختص بالحائل ، بل لو كانت حاملاً والحمل غير لاحق بالزوج . . فالحكم كذلك .

والمعتبر في المدة الأشهر الهلالية ، وتكمل المنكسر بالعدد ، وقيل : إذا انكسر شهر . . اعتبر الجميع بالعدد كما تقدم .

قال : (**وأمة : نصفها**) وهو شهران وخمس ليال ؛ لأن العدة أمر ذو عدد فوجب أن لا تساوي فيه الأمة الحرة كالحدود ، وحكىٰ أبو حامد قولاً غريباً : أنها كالحرة ؛

وَإِنْ مَاتَ عَنْ رَجْعِيَّةٍ . . ٱنْتَقَلَتْ إِلَىٰ وَفَاةٍ ، أَوْ بَائِنٍ . . فَلاَ . وَحَامِلٍ : بِوَضْعِهِ . .

لأن الولد يكون نطفة أربعين يوماً وعلقة كذلك ومضغة كذلك ، ثم تنفخ فيه الروح ويتحرك ، فاعتبر أن تعتد المتوفىٰ عنها زوجها بأربعة أشهر وعشر ليتبين الحمل بذلك ويتحرك ، وهـٰذا لا فرق فيه بين الحرائر والإماء ، وقد سبق أنه لو وطىء أمة علىٰ ظن أنها زوجته الحرة . . اعتدت عدة حرة ، فينبغي أن يكون هنا مثله .

وأما المبعضة . . فالظاهر أنها كالقنة ، ويحتمل أن يأتي فيها خلاف كما قالوه في حد الزنا والقذف .

فرع :

عدة الوفاة وغيرها تختص بالنكاح الصحيح ، فلو نكح فاسداً ، فإن مات قبل الدخول . . فلا عدة ، وإن جرىٰ دخول ثم مات أو فرق القاضي بينهما . . فتعتد للدخول كما تعتد عن وطء الشبهة .

قال : (**وإن مات عن رجعية . . انتقلت إلىٰ وفاة**) بالإجماع حتىٰ يلزمها الإحداد ولا تستحق النفقة .

ثم بقية عدة الطلاق هل تسقط أو تدخل في عدة الوفاة؟ قال الرافعي : سقطت بلا خلاف ، وحكى ابن الرفعة فيه خلافاً عن مجلي .

قال : وتظهر فائدته في سقوط النفقة ، وفي وجوب الإحداد وقصر المدة وطولها .

قال : (**أو بائن . . فلا**) أي : لا تنتقل إلىٰ عدة الوفاة حائلاً كانت أو حاملاً ، بل تكمل عدة الطلاق ؛ لأنها ليست بزوجة .

قال الرافعي : ولها النفقة إن كانت حاملاً ، وتبعه المصنف علىٰ ذلك .

والمجزوم به في المذهب : أن الحامل المتوفىٰ عنها لا تستحق النفقة ، سواء قلنا : هي لها أو للحمل ، وسيأتي بيانه في النفقات .

قال : (**وحامل : بوضعه**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، وروىٰ أحمد [١١٦/٥] والدارقطني [٣٠٢/٣] : أن أبي بن كعب قال للنبي صلى الله عليه وسلم : هـٰذه الآية للمطلقة أو للمتوفىٰ عنها زوجها؟ قال : « لهما » .

بِشَرْطِهِ ٱلسَّابِقِ ، فَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ عَنْ حَامِلٍ . . فَبِٱلْأَشْهُرِ ، وَكَذَا مَمْسُوحٌ ؛ إِذْ لَا يَلْحَقُهُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَيَلْحَقُ مَجْبُوباً بَقِيَ أُنْثَيَاهُ فَتَعْتَدُّ بِهِ ، . . . .

وروى الشافعي [١/ ٢٤٤] : أن سبيعة الأسلمية وضعت حملها بعد وفاة زوجها سعد بن خولة عام حجة الوداع بنحو من نصف شهر ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : « قد حللت فانكحي من شئت » ، ولفظ مسلم [١٤٨٥] : (وضعت حملها بعد وفاة زوجها بليال) وقال البخاري [٤٩١٠] : بأربعين ليلة .

قال الشافعي : ولولا حديث سبيعة . . لكان الأخذ بأقصى الأجلين قريباً من القواعد .

وقال الحسن والأوزاعي : لا تنقضي حتىٰ تطهر من النفاس ، ورد عليهما بظاهر الآية وحديث سبيعة .

قال : (**بشرطه السابق**) وهو أن تضع الحمل بتمامه ، وأن يكون منسوباً إليه ولو احتمالاً .

قال : (**فلو مات صبي عن حامل . . فبالأشهر**) ؛ لأن الولد منفي عنه .

قال : (**وكذا ممسوح ؛ إذ لا يلحقه على المذهب**) ؛ لأن العادة لم تجر بذلك .

ويحكىٰ عن الإصطخري والقاضي حسين وأبي الطيب أنه يلحقه ؛ لأن معدن الماء الصلبُ وهو والمجرىٰ باقيان .

وحكي أن أبا عبيد بن حربويه قلد قضاء مصر ، فحكم في مثل هـٰذا بلحوق الولد ، فحمله الخصي علىٰ كتفيه وطاف به الأسواق وقال : انظروا إلىٰ قاض يلحق أولاد الزنا بالخدام .

قال : (**ويلحق مجبوباً بقي أنثياه**) ؛ لأنهما أوعية المني وفيهما قوة محيلة للدم ، وإنما الذكر آلة توصل الماء إلى الرحم بواسطة الإيلاج .

قال : (**فتعتد به**) أي : زوجة المجبوب بوضع الحمل ؛ لأنه يلحقه ، وصرح الشيخان في أول الباب بأنه لا تجب عليها عدة الطلاق ؛ إذ لا يتصور منه دخول ، وعلىٰ هـٰذا : يلغز بهـٰذه فيقال : امرأة تعتد عن وفاة زوج ولا تعتد عن طلاقه .

وَكَذَا مَسْلُولٌ بَقِيَ ذَكَرُهُ بِهِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى ٱمْرَأَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ بَيَانٍ أَوْ تَعْيِينٍ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَأْ . . ٱعْتَدَّتَا لِوَفَاةٍ ، وَكَذَا إِنْ وَطِئَ وَهُمَا ذَوَاتَا أَشْهُرٍ ، أَوْ أَقْرَاءٍ وَٱلطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ ، . . . .

قال : (**وكذا مسلول بقي ذكره على المذهب**) ؛ لبقاء آلة الجماع ، وقد يبالغ في الإيلاج فيلتذ وينزل ماء رقيقاً .

وقيل : لا يلحقه ؛ لجريان العادة بذلك ، فلا تنقضي به العدة ، وقيل : إن قال أهل الخبرة : لا يولد له . . لم يلحقه وإلا لحقه ، وفي وجه آخر لم يعتمده الجمهور وهو : أنه إن كان مسلول اليمنىٰ . . لم يلحقه وإن بقيت اليسرىٰ ؛ لأنه يقال : إنها للمني واليسرىٰ للشعر .

ونقل [الزوزني][1] في « جمع الجوامع » : أن أبا بكر بن الحداد كان فقيد الخصية اليمنىٰ ، فكان لا ينزل وكانت لحيته طويلة ، وكان كثير العبادة يصوم يوماً ويفطر يوماً ، ويقرأ كل يوم ختمة ، ويوم الجمعة ختمتين ، ولد في اليوم الذي مات فيه المزني ، ومات بمصر لأربع بقين من المحرم سنة (٣٤٤) .

والأنثيان : الخصيتان ، واحدتهما : خصية ، ولفظهما لا يجمع ولا مفرد لهما من لفظهما ، وفي الصحاح : أن سعيد بن عثمان الزوائدي لقب بذلك ؛ لأنه كان له ثلاث خصيات .

قال : (**ولو طلق إحدى امرأتيه ومات قبل بيان أو تعيين ، فإن كان لم يطأ . . اعتدتا لوفاة**) ؛ لأن كلاً منهما تحتمل أن تكون مفارقة بالموت كما تحتمل أن تكون مفارقة بالطلاق ، فلا بد من الأخذ بالاحتياط ، هـٰذا إذا لم يكن حمل ، فإن كان . . فالعدة بوضعه .

قال : (**وكذا إن وطىء**) أي : كلاً منهما (**وهما ذواتا أشهر ، أو أقراء والطلاق رجعي**) لما تقدم ، فإن وطىء إحداهما فقط أو كانت إحداهما حاملاً فقط . . عمل فيهما بالاحتياط .

---

(١) في النسخ (المزني) ، وهو تصحيف ، ولعل الصواب ما أُثبت ، انظر « كشف الظنون » (١/٥٩٨) .

وَإِنْ كَانَ بَائِناً . . ٱعْتَدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِٱلأَكْثَرِ مِنْ عِدَّةِ وَفَاةٍ وَثَلاَثَةٍ مِنْ أَقْرَائِهَا ، وَعِدَّةُ ٱلْوَفَاةِ : مِنَ ٱلْمَوْتِ ، وَٱلأَقْرَاءُ : مِنَ ٱلطَّلاَقِ . وَمَنْ غَابَ وَٱنْقَطَعَ خَبَرُهُ لَيْسَ لِزَوْجَتِهِ نِكَاحٌ حَتَّىٰ تَتَيَقَّنَ مَوْتَهُ أَوْ طَلاَقَهُ ، . . . .

وقوله : (والطلاق رجعي) قيد في ذوات الأقراء ، واحترز به عما إذا كانا[1] حاملين . . فإن عدتهما بوضع الحمل .

قال : (**وإن كان بائناً . . اعتدت كل واحدة بالأكثر من عدة وفاة وثلاثة من أقرائها**) ؛ لأن كل واحدة وجبت عليها عدة ، واشتبهت عليها بعدة أخرىٰ فوجب أن تأتي بذلك ؛ لتخرج مما عليها بيقين ، كمن أشكلت عليه صلاة من صلاتين . . فالواجب عليه أن يأتي بهما .

قال : (**وعدة الوفاة : من الموت**) بالاتفاق .

قال : (**والأقراء : من الطلاق**) هـٰذا على الصحيح ، حتىٰ لو مضىٰ قرء من الطلاق ثم مات الزوج . . فعليها الأقصىٰ من عدة الوفاة ومن قرأين من أقرائها .

والثاني : من حين الموت ؛ لأن حقيقة الفرقة به تحصل ، وعلىٰ هـٰذا : فيجب أن تكون الأقراء كلها بعد الموت ، وهـٰذا في الطلاق البائن ، فإن كان رجعياً . . فالرجعية تنتقل إلىٰ عدة الوفاة إذا مات زوجها وهي في العدة .

ولو أسلم علىٰ ثمان نسوة ومات قبل أن يختار . . لزم كلا منهن الاعتداد بأقصى الأجلين ، وهل ابتداء الأقراء من إسلامه أو موته؟ فيه وجهان : أصحهما : الثاني .

قال : (**ومن غاب وانقطع خبره ليس لزوجته نكاح حتىٰ تتيقن موته أو طلاقه**) الغائب عن زوجته إن لم ينقطع خبره وكان يأتي كتابه أو يعرف مكانه . . فنكاحه علىٰ زوجته مستمر ، وينفق الحاكم عليها من ماله إن كان له في بلد الزوجة مال ، وإن لم يكن . . كتب إلىٰ حاكم بلده ليطالبه بحقها .

وإن انقطع خبره ولم يوقف علىٰ حاله حتىٰ يتوهم أو يظن موته . . فالقول الجديد : أنه لا يجوز للمرأة أن تنكح زوجاً آخر حتىٰ تتيقن موته أو طلاقه وتعتد ، واستدل له بما

---

(١) كذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب (كانتا) .

روى الدارقطني [٣/٣١٢] والبيهقي [٧/٤٤٥] عن المغيرة بن شعبة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « امرأة المفقود امرأته حتىٰ يأتيها البيان » لـٰكنه حديث ضعيف لا يحتج به .

وروى الشافعي [١/٣٠٣] عن علي أنه قال : هـٰذه امرأة ابتليت فلتصبر ، قال الشافعي : وبه نقول ، وبأنه لا يحكم بموته مع انقطاع الخبر في قسمة ماله وعتق أم ولده فكذلك في فراق زوجته ، وبأن النكاح معلوم متيقن فلا يزال إلا بيقين .

واستدل الشافعي بحديث الرجل يجد الشيء في الصلاة فقال صلى الله عليه وسلم : « لا ينصرف حتىٰ يسمع صوتاً أو يجد ريحاً »[1] ثم قال : فيقين الطهارة لا يرتفع إلا بيقين الحدث ، فكذلك هـٰذه المرأة لها زوج بيقين فلا يزيله إلا بيقين الموت أو الطلاق .

قال : (**وفي القديم : تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتنكح**) وبهـٰذا قال مالك وأحمد ، ويروىٰ عن عمر وعثمان وابن عباس .

وروى الشافعي والبيهقي [٧/٤٤٥-٤٤٦] : أن رجلاً من الأنصار خرج يصلي مع قومه العشاء فسبته الجن ففقد ، فانطلقت امرأته إلىٰ عمر رضي الله عنه فقصت عليه القصة ، فسأل عنه قومه فقالوا : نعم خرج يصلي العشاء ففقد ، فأمرها أن تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً ، فلما مضت المدة . . أتته فأخبرته فأمرها أن تتزوج ، فتزوجت .

فجاء زوجها يخاصم في ذلك إلىٰ عمر ، فقال عمر : يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته؟! فقال له : إن لي عذراً يا أمير المؤمنين ، قال : وما عذرك؟ قال : خرجت أصلي العشاء فسبتني الجن ، فلبثت فيهم زماناً طويلاً ، فغزاهم جن مؤمنون فقاتلوهم فظهروا عليهم فسبوا منهم سبايا وسبوني معهم ، فقالوا : نراك رجلاً مسلماً ولا يحل لنا سباؤك ، فخيروني بين المقام عندهم وبين القفول إلىٰ أهلي ، فاخترت أهلي ، فأقبلوا معي ، أما الليل . . فليسوا يحدثوني ، وأما بالنهار . . فعصار ريح أتبعها .

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٧) ، ومسلم (٣٦١) .

. . . .

فقال له عمر رضي الله عنه : فما كان طعامهم[1]؟ قال : الفول وما لم يذكر اسم الله عليه ، قال : فما كان شرابك فيهم؟ قال : الجدف ـ وهو ما لم يخمر من الشراب ـ قال : فخيره عمر بين الصداق وبين امرأته .

وعن أبي حنيفة : أنها تصبر حتىٰ يبلغ عمر الزوج مائة وعشرين سنة ، ثم تعتد عدة الوفاة وتنكح .

والتربص : التأني والتأخير ، قال الشاعر [من الطويل] :

تـربـص بهـا ريـب المنـون لعلهـا　　تطلـق يـومـاً أو يمـوت حليلهـا

وسواء فيما ذكرناه المفقود في جوف البلد وفي السفر وفي القتال ومن انكسرت سفينته ولم يعلم حاله وإن أمكن حمل انقطاع الخبر علىٰ شدة البعد والإيغال في الأسفار .

وإذا قلنا بالقديم . . فهل يحتاج في مدة التربص إلىٰ ضرب القاضي؟ مقتضىٰ كلام الرافعي : اعتبار ذلك ، وحكم القاضي بموته .

وإذا حكم الحاكم بالفرقة . . هل ينفذ ظاهراً أو باطناً أم ظاهراً فقط؟ وجهان نص عليهما في « أصل الروضة » .

تنبيهان :

أحدهما : المراد باليقين : الطرف الراجح لا القطع ، فلو ثبت ذلك بعدلين . . كفىٰ .

ولو أخبر عدل بموته . . لم يكف ظاهراً ، وقال القفال : يحل لها أن تتزوج فيما بينها وبين الله تعالىٰ ؛ لأن ذلك خبر وليس بشهادة ، وسيأتي في الشهادات الاكتفاء بالاستفاضة في الموت وهي لا تفيد اليقين .

الثاني : الزوجة إذا انقطع خبرها هل ينكح أختها أو أربعاً سواها؟ الظاهر : أن

(١) كذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب : (فما كان طعامك) ، انظر « البيهقي » .

فَلَوْ حَكَمَ بِٱلْقَدِيمِ قَاضٍ . . نُقِضَ عَلَى ٱلْجَدِيدِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ ٱلتَّرَبُّصِ وَٱلْعِدَّةِ فَبَانَ مَيْتاً . . صَحَّ عَلَى ٱلْجَدِيدِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَجِبُ ٱلإِحْدَادُ عَلَىٰ مُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ ، . . . .

حكمها كغيبة الرجل ، والظاهر : أن أم الولد كالزوجة .

قال : (**فلو حكم بالقديم قاض . . نقض على الجديد في الأصح**) ؛ لمخالفته القياس الجلي ، لأنه لا يجوز أن يكون حياً في ماله وميتاً في حق زوجته .

والثاني : لا ينقض كما في سائر المجتهد فيه ، وصححه القاضي الروياني[1] .

قال : (**ولو نكحت بعد التربص والعدة فبان ميتاً . . صح على الجديد في الأصح**) ؛ لأنه صادفها خلية عن الزوج .

والثاني : المنع ؛ لفقد العلم بالصحة حالة العقد .

وبنى الرافعي الخلاف علىٰ ما لو باع مال أبيه علىٰ ظن حياته فبان ميتاً ، ومقتضى البناء تصحيح الصحة ، وإن قلنا بالقديم . . صح النكاح ظاهراً وباطناً .

وإذا ظهر المفقود ، فإن قلنا بالجديد . . فهي زوجته بكل حال ، فإن نكحت . . لم يطأها المفقود حتىٰ تنقضي عدة الناكح ، وإن قلنا بالقديم . . ففي نكاحه وميراثه منها ست طرق مشهورة .

قال : (**ويجب الإحداد علىٰ معتدة وفاة**) .

(الإحداد) : مأخوذ من الحد ، وهو المنع ؛ لأنها تمنع الزينة ونحوها ، يقال : امرأة حاد ، ولا يقال : حادة .

والأصل فيه : ما روىٰ مسلم [١٤٨/٥٨] عن عائشة وحفصة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال على المنبر : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد علىٰ ميت فوق ثلاث إلا علىٰ زوج أربعة أشهر وعشراً » .

قال الأئمة : (إلا علىٰ زوج) مستثنىً من قوله : (لا يحل) ، وظاهره لا يقتضي

---

(١) في (ز) : (القاضي والروياني) .

لاَ رَجْعِيَّةٍ ، وَيُسْتَحَبُّ لِبَائِنٍ ، وَفِي قَوْلٍ : يَجِبُ ، . . . .

إلا الجواز ، لـكن أجمعوا علىٰ أنه أراد الوجوب ، وأنه استثنى الواجب من الحرام ، وقال ابن المنذر : لم يخالف في ذلك إلا الحسن البصري ؛ فإنه انفرد عن الناس بقوله : الإحداد ليس بواجب ، قال : والسنة يستغنىٰ بها عن كل قول .

وروىٰ مسلم [١٤٨٩] : أن زينب ابنة النحام جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ؛ إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحُلها ـ وهو بضم الحاء ـ فقال صلى الله عليه وسلم : « لا » مرتين أو ثلاثاً ، كل ذلك يقول : لا ، ثم قال : « إنما هي أربعة أشهر وعشر » زاد عبد الحق فيه أنها قالت : يا رسول الله ؛ إني أخشىٰ أن تفقأ عينها ، قال : « وإن انفقأت » .

ولا فرق في الوجوب بين المسلمة والذمية إذا كان زوجها مسلماً أو ذمياً ، ولا بين الحرة والأمة ، ولا بين المكلفة وغيرها ، والولي يمنعها مما يمنع منه المكلفة .

واختار الروياني في « الحلية » مذهب أبي حنيفة أنه لا إحداد علىٰ غير المكلفة ، واختار ابن المنذر أنه لا إحداد على الذمية كمذهب أبي حنيفة أيضاً ؛ لمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم : « يؤمن بالله واليوم الآخر » وهو لازم لابن حربويه علىٰ قوله في الخطبة على الخطبة وفي السوم على السوم .

وخرج بقيد الزوجية في الحديث أم الولد والمعتدة من وطء الشبهة أو نكاح فاسد . . فلا إحداد عليهن قطعاً ؛ لعدم الزوجية .

قال : (**لا رجعية**) ؛ لبقاء أكثر أحكام النكاح فيها ، بل نقل أبو ثور عن الشافعي استحبابه ، ومن الأصحاب من قال : الأولىٰ أن تتزين بما يدعوه إلىٰ رجعتها ، وينبغي تخصيصه بمن ترجو عوده .

قال : (**ويستحب لبائن**) وبه قال مالك ، سواء كانت بخلع أو استيفاء طلاق ؛ لأن النص إنما ورد في المتوفىٰ عنها ، وليست البائن في معناها ، ولأنها مجفوة بالطلاق فلا يناسبها التفجع ، بخلاف المتوفىٰ عنها .

قال : (**وفي قول : يجب**) وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنها بائن معتدة عن نكاح فأشبهت المتوفىٰ عنها ، وهـٰذا قديم ، والأول جديد ، وعن أحمد روايتان كالقولين .

وَهُوَ : تَرْكُ لُبْسِ مَصْبُوغٍ لِزِينَةٍ وَإِنْ خَشُنَ ، وَقِيلَ : يَحِلُّ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ . وَيُبَاحُ غَيْرُ مَصْبُوغٍ مِنْ قُطْنٍ وَصُوفٍ وَكَتَّانٍ ، وَكَذَا إِبْرَيسَمٌ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

والمفسوخ نكاحها بعيب ونحوه على القولين ، وقيل : لا يجب قطعاً .

قال : (وهو) أي : الإحداد (**ترك لبس مصبوغ لزينة وإن خشن**) فـ(لزينة) متعلق بـ(مصبوغ) أي : إن كان المصبوغ مما يقصد للزينة كالأحمر والأصفر ، وكذلك الأزرق الصافي والأخضر الصافي . . حرم ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « المتوفىٰ عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب » رواه أبو داوود [٢٢٩٨] والنسائي [سك ٥٦٩٩] عن أم سلمة .

قال : (**وقيل : يحل ما صبغ غزله ثم نسج**) كالبرود ؛ ففي « الصحيحين » [خ ٥٣٤٣ـ م ٩٣٨] عن أم عطية : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب » وهو ـ بفتح العين وسكون الصاد المهملتين ـ : برود يعصب غزلها ؛ أي : يجمع ويشد ، ثم يصبغ ثم ينسج ، والصحيح : لا فرق ؛ لأن المحذور ميل النفوس إليها بالزينة وهو موجود في الحالتين .

قال : (**ويباح غير مصبوغ من قطن وصوف وكتان**) كالدبيقي والبندقي ؛ لأن نفاستها لصنعتها لا للزينة بها .

قال : (**وكذا إبريسم في الأصح**) ليس للشافعي في الإبريسم نص ، لٰكن لأصحابه فيه وجهان :

أصحهما : أنه كالقطن والكتان إذا لم تحدث فيه زينة ونفاسة في ذاته . . فيجوز المنسوج منه على اللون الأصلي .

والثاني : يحرم ، واختاره القفال وأتباعه والغزالي وجماعة ؛ لأنه إنما حرم عليها للزينة فالتحقت بالرجال ، فعلىٰ هٰذا : لا تلبس العتابي الذي أكثره حرير .

ومحل الخلاف مع بقاء لونه الأصلي ، فإن صبغ . . فكما سبق .

وأما الخز ـ وهو الثوب الذي لحمته حرير وسداه من صوف ـ فقد نص الشافعي والأصحاب علىٰ جواز لبسه ؛ لاستتار الإبريسم بالصوف ، قال الروياني : وتمنع من لبس القرقوبي والمقانع بطراز الذهب .

وَمَصْبُوغٌ لاَ يُقْصَدُ لِزِينَةٍ . وَيَحْرُمُ حَلْيُ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ ، وَكَذَا لُؤْلُؤٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، .

قال : (ومصبوغ لا يقصد لزينة) كالأسود الكحلي ، بل في « الحاوي » وجه أنه يلزمها لبس السواد في الإحداد ، فلو كان الصبغ متردداً بين الزينة وغيرها كالأخضر والأزرق ، فإن كان براقاً صافي اللون . . حرم ، وإن كان كدراً . . فلا بأس .

ويحرم المطرز إذا كان الطراز كثيراً ، وإلا . . فأوجه : ثالثها : إن ركب بعد النسج . . حرم ، وإن رقم معه . . فلا .

قال : (ويحرم حلي ذهب وفضة) سواء كان كبيراً كالخلخال والسوار ، أو صغيراً كالخاتم والقرط ؛ لما روىٰ أبو داوود والنسائي بإسناد حسن : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المتوفىٰ عنها زوجها لا تلبس الحلي ولا تكتحل ولا تختضب » .

و(الحَلي) بفتح الحاء وإسكان اللام ، جمعه : حُلي ، بضم الحاء وكسر اللام ، ومراد المصنف المفرد ، وهو كل ما يتزين به من ذهب وفضة أو جوهر ، وإنما حرم ذلك ؛ لأنه يزيد في حسنها ، ومن هـٰذا ما أنشده الثعالبي عن بعضهم [من الطويل] :

وما الحَلْيُ إلا زينَةٌ لنقيصةٍ ... يُتمِّمُ من حسنٍ إذا الحسنُ قصَّرا
فأمَّا إذا كانَ ٱلجمالُ موفَّراً ... كحُسنكِ لم يحتجْ إلىٰ أن يزوَّرا

وقال الإمام والغزالي : يجوز لها التختم بخاتم الفضة كالرجال ، والأصح : المنع .

وقال الماوردي والروياني : يحرم عليها لبس الحلي من الصفر والنحاس والرصاص المموه بذهب أو فضة إذا كان مشابهاً لهما بحيث يخفىٰ على الناظر إلا بعد شدة تأمل ، وكذا لو كانت ممن جرت عادتهن التحلي بمثله .

وأطلق المصنف حرمة الحلي من غير فرق بين الليل والنهار ، وفي « الشرح » و« الروضة » عن بعض الأصحاب : أنها لو كانت تلبسه ليلاً وتنزعه نهاراً . . جاز لـٰكنه يكره لغير حاجة ، فلو فعلته لإحراز المال . . لم يكره .

قال : (وكذا لؤلؤ في الأصح) ؛ لأن الزينة فيه ظاهرة ، قال تعالىٰ : ﴿ يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا ﴾ وتردد فيه الإمام ؛ لأنه يباح للرجل ، وهـٰذا الموضع مما جعل المصنف فيه تردد الإمام وجهاً .

قال : (**وطيب في بدن وثوب وطعام وكحل**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار » رواه مسلم [٩٣٨] ، زاد النسائي [٥٦٩٨] : « ولا تمتشط » ومعناه : أن تتخذ لها مشطة من طيب ، وإنما حرم الأكل لأنه مس وزيادة .

وضابط الطيب المحرم : كل ما حرم على المحرم ، وتفصيل ذلك سبق في (كتاب الحج) .

ويحرم عليها أن تدهن بما فيه طيب ظاهر كدهن البان والبنفسج والغالية ، وأما الدهن الذي لا طيب فيه كالزيت والسمن . . فيحرم في الرأس واللحية إن كانت ، ويجوز في غيرهما كالإحرام .

ويحرم أن تكتحل بما فيه طيب ، واستثنى ابن الرفعة حالة طهرها من الحيض ؛ للحديث السابق ، وذكره الرافعي أيضاً ، وأسقطه من « الروضة » .

وقال في « شرح مسلم » : الرخصة في القسط والأظفار وهما نوعان من البخور ، وليسا من مقصود الطيب ، رخص لها فيه لإزالة الرائحة الكريهة لا للتطيب ، وكأن الشافعي رضي الله عنه إنما لم يستثنه لأنه لم يرو حديث أم عطية ، والظاهر أنه يحرم على المحرمة ذلك إذا انقطع حيضها ، بخلاف المحتدة ؛ لأنه يزيل الشعر ولا زينة فيه ، وأيضاً فالعدة قد يطول زمنها فرخص لها فيه لقطع الرائحة الكريهة ، بخلاف المحرمة .

قال : (**واكتحال بإثمد**) هو مرفوع ؛ أي : ويحرم اكتحال بإثمد ؛ للحديث السابق ، ولأن فيه جمالاً وزينة للعين ، وسواء في ذلك البيضاء والسوداء على الأصح ؛ لإطلاق الخبر ، وحكى الماسرجسي عن بعض الأصحاب جوازه للسوداء .

لكن يرد على المصنف الكحل الأصفر وهو الصبر ؛ فإنه يحرم على السوداء ، وكذا البيضاء على الأصح .

و(الإثمد) بكسر الهمزة والميم : الكحل الأصبهاني .

إِلاَّ لِحَاجَةٍ كَرَمَدٍ ، وَإِسْفِيذَاجٌ ، وَدِمَامٌ ، وَخِضَابٌ بِحِنَّاءٍ وَنَحْوِهِ . وَيَحِلُّ تَجْمِيلُ فِرَاشٍ وَأَثَاثٍ ، . . . .

قال : (**إلا لحاجة كرمد**) فإنه يرخص فيه بحسب الحاجة ، ومع ذلك تكتحل به ليلاً وتمسحه نهاراً ، فإن دعت ضرورة إلى استعماله نهاراً . . جاز ؛ لما روىٰ أبو داوود [٢٢٩٩] والترمذي عن أم سلمة : أنها كانت حادة علىٰ أبي سلمة فجعلت في عينها صبراً ، فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما هـٰذا يا أم سلمة؟ فقالت : هو صبر لا طيب فيه ، قال : « به يشب الوجه ـ أي : يوقده ويحسنه ـ فلا تجعليه إلا بالليل وامسحيه نهاراً » .

فإذا دعت إليه ضرورة في النهار . . فإنها تعذر ، وكل هـٰذا يعارضه ما رواه عبد الحق في حديث زينب بنت النحام المتقدم ؛ فإنه يدل علىٰ عدم الجواز مطلقاً .

قال : (**وإسفيذاج ودمام وخضاب بحناء ونحوه**) كالزعفران والورس ؛ لما في ذلك من الزينة .

و(الإسفيذاج) معروف يعمل من الرصاص ، وهو بكسر الفاء وإعجام الذال كما ضبطه المصنف بخطه ، وهو إذا طلي به الوجه . . يربو ويبرق .

و(الدمام) الحمرة المعروفة وهو بكسر الدال ، وضبطه المصنف بخطه(١) ، وفي « الدقائق » بفتحها وكسرها(٢) ، وفي « الروضة » بالضم فقط .

و(الحناء) بالمد والهمز معروف ، وإنما يحرم الخضاب به إذا كان فيما يظهر كالوجه واليدين والرجلين ، وقال الماوردي والروياني : يجوز لها ذلك فيما تحت الثياب لـٰكن يكره لغير حاجة ، وقال ابن يونس : يستوي في المنع من الحناء جميع البدن ، ويحرم عليها تطريف أصابعها ونقش وجهها .

وقوله : (وإسفيذاج) هو مرفوع ، وكذلك ما بعده عطفاً علىٰ قوله : (يحرم) .

قال : (**ويحل تجميل فراش وأثاث**) ؛ لأنه لا يتعلق بالبدن ، ومن هنا يعلم مخالفة العدة في الإسلام لعدة الجاهلية .

---

(١) في هامش (د) : (وأيضاً في « المنهاج » : دمام مضبوط بخطه بالرفع والكسر) .
(٢) بل الذي في « الدقائق » : بضمها وكسرها .

وَتَنْظِيفٌ بِغَسْلِ رَأْسٍ ، وَقَلْمٍ ، وَإِزَالَةِ وَسَخٍ . قُلْتُ : وَيَحِلُّ ٱمْتِشَاطٌ وَحَمَّامٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خُرُوجٌ مُحَرَّمٌ . وَلَوْ تَرَكَتِ ٱلإِحْدَادَ . . عَصَتْ . . . .

والمراد بـ(الفراش) : ما يرقد عليه من نطع ووسادة ونحو ذلك ، وأما ما يتغطىٰ به من لحاف وغيره . . فقال ابن الرفعة : الأشبه أنه كالثياب ؛ لأنه لباس .

وتعتد في بيتها وإن كان أحسن المنازل ، ولها أن تزين أولادها بالحلي والمصبوغ ؛ لأن المحرم عليها ما يزيدها حسناً وتشوف الرجال إليها وهـٰذه الأمور لا تقتضي ذلك .

قال : (**وتنظيف بغسل رأس ، وقلم ، وإزالة وسخ**) علله الرافعي بأنه ليس من الزينة ، وهو خلاف ما قاله في (الجمعة) من أنه زينة ، وكأنهم أرادوا هنا الزينة الداعية للجماع لا مطلقاً ، بخلاف زينة الصلاة .

أما إزالة الشعر الذي يتضمن الزينة . . فالمتجه فيه المنع ، وسيأتي بيانه .

قال : (**قلت : ويحل امتشاط**) ؛ لما روىٰ أبو داوود [٢٢٩٩] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأم سلمة : « امتشطي » قالت : بأي شيء؟ قال : « بالسدر » .

أما الامتشاط بالطيب والدهن . . فحرام ، وعليه حمل قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا تمتشط » .

قال : (**وحمام إن لم يكن فيه خروج محرم**) ؛ لأن ذلك ليس من الزينة في شيء ، وهـٰذا القيد لم يذكره في « الروضة » ، فالحكم مبني علىٰ جواز دخول الحمام بلا ضرورة ، والمرجح عند المصنف جوازه ، ومنعه ابن أبي هريرة ، واقتصر عليه الرافعي في (السير) ، وعليه جرى الغزالي في « الإحياء » ، وسيأتي في (الجزية) بيانه[١] .

قال : (**ولو تركت الإحداد . . عصت**) أي : المكلفة بترك ما وجب عليها ، ويعصي ولي غير المكلفة بذلك ، وهـٰذا كان المصنف يستغني عنه بما تقدم من وجوب الإحداد .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَٱنقَضَتْ عِدَّتُها كَمَا لَوْ فَارَقَتِ ٱلْمَسْكَنَ . وَلَوْ بَلَغَتْهَا ٱلْوَفَاةُ بَعْدَ ٱلْمُدَّةِ . . كَانَتْ مُنْقَضِيَةً . وَلَهَا ٱلإِحْدَادُ عَلَىٰ غَيْرِ زَوْجٍ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، وَتَحْرُمُ ٱلزِّيَادَةُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

قال : (**وانقضت عدتها كما لو فارقت المسكن**) أي : بلا عذر . . فإنها تنقضي وتعصي ، فيؤخذ من هٰذا : وجوب ملازمتها المسكن مدة العدة ، والأولىٰ حمله علىٰ مطلق المعتدات لا على المحتدات .

قال : (**ولو بلغتها الوفاة بعد المدة . . كانت منقضية**) فلا يلزمها شيء منها ، هٰذا قول عامة الفقهاء ، وعن علي والحسن البصري أنها تعتد من بلوغ الخبر ؛ لأنها عبادة فاحتاجت إلى القصد ، ورد بالصغيرة ؛ فإنها تعتد ولا قصد لها ، وهٰذا لايختص بالوفاة ، بل لو بلغها خبر الطلاق . . كان الحكم كذلك .

قال : (**ولها الإحداد علىٰ غير زوج ثلاثة أيام ، وتحرم الزيادة والله أعلم**) ؛ لمفهوم الحديث السابق ، والمعنىٰ في تحريم الزيادة : أن في تعاطيه إظهار عدم الرضا بالقضاء ، والأليق لها التقنع بجلباب الصبر ، وإنما رخص للمعتدة لحبسها على المقصود من العدة ، وأما في الأيام الثلاثة . . فلأنها أيام تعزية وبعدها تنكسر أعلام الحزن .

وحكوا في التعزية خلافاً في أن المدة معتبرة من الدفن أو من الموت وهو الأصح ، فينبغي مجيئه هنا .

والمراد بـ(غير الزوج) القرابة لا مطلقاً ، ويشترط في تحريم الزيادة القصد إلىٰ ذلك ، فلو فعلته لا عن قصد . . لم تأثم ، لٰكن في « سنن أبي داوود » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : (أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد علىٰ زوجها حتىٰ تنقضي عدتها ، وعلىٰ أبيها سبعة أيام وعلىٰ من سواهما ثلاثة أيام)[1] .

وفي « النهاية » : الرجل كالمرأة في التحزن ثلاثة أيام ، وقد يستشكل ذلك ؛ فإن النساء يضعفن عن المصائب بخلاف الرجال .

---

(١) هو بتمامه عند أبي داوود في « المراسيل » (٤٠٩) ، والذي في « سننه » (٢٢٩٣) بدون ذكر الأب وغيره ، وبغير هٰذا السند .

فَصْلٌ :

تَجِبُ ٱلسُّكْنَىٰ لِمُعْتَدَّةِ طَلَاقٍ وَلَوْ بَائِنٍ . . . .

تتمة :

تقدم في (صفة الصلاة) حكم وصل الشعر والوشم ، وأما نتف بعض الشعر كتسوية الطرة والحاجب . . فحرام لا بسبب الإحداد ولـٰكنه حرام مطلقاً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله الواصلة والمستوصلة »(١) .

وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : (ليست الواصلة بالتي تعنون ، فلا بأس للمرأة الزعراء أن تصل شعرها ، إنما الواصلة التي تكون بغياً في شبيبتها ، فإذا أسنت . . وصلتها بالقيادة)(٢) وقال أحمد ابن حنبل لما ذكر له ذلك : ما سمعت بأعجب من هـٰذا .

قال : (**فصل** :

تجب السكنىٰ لمعتدة طلاق ولو بائن) سواء كانت حائلاً أو حاملاً ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ ، وقوله : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ أي : بيوت أزواجهن ، والإضافة للسكنىٰ ، ولو كانت إضافة ملك . . لم تختص بالمطلقات ، ولا يسقط هـٰذا الحق بالتراضي ؛ لأنه حق لله تعالىٰ .

فإن قيل : الآية في الرجعيات ، ولهـٰذا لم يجعل النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس سكنىٰ ولا نفقة . . قلنا : رجوع الضمير للبعض ليس بتخصيص ، وإنما لم يجعل النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة السكنىٰ ؛ لأنها كانت تبدو علىٰ أحمائها ، وقيل : لأنها خافت من ذلك المنزل ؛ لما روىٰ مسلم [١٤٨٢] من قولها : (أخاف أن يقتحم علي) ولا يمكن شيء من هـٰذا التأويل في سقوط نفقتها .

وقوله : (ولو بائن) هو مجرور عطفاً علىٰ ما قبله ، [ويجوز رفعه بتقدير مبتدأ محذوف] ؛ أي : (ولو [هي] بائن) ، والوجه نصبه ؛ أي : لو كانت بائناً .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٨٨٧) ، ومسلم (٢١٢٢/١١٥) .

(٢) أخرجه الخطيب في « تاريخ بغداد » (٧/٤١٧) ، والعقيلي في « الضعفاء » (٢/١٩٢) .

وتقييد المصنف الوجوب بـ(المعتدة عن الطلاق) يقتضي : أنه لا سكنىٰ للمعتدة عن وطء الشبهة والنكاح الفاسد ، ولا لأم الولد التي أعتقها سيدها أو مات عنها ، وهو كذلك ، وقال الإمام : إذا كن حوامل وقلنا بوجوب النفقة علىٰ أنها للحمل . . وجب الإسكان ؛ لأنه أولىٰ بالثبوت من النفقة .

قال : (**إلا ناشزة**) ؛ لأنها لا تستحق النفقة والسكنىٰ في صلب النكاح فبعد البينونة أولىٰ .

ومراده : التي نشزت ثم طلقها ، وكذلك التي نشزت في العدة لا سكنىٰ لها أيضاً ، فإن عادت إلى الطاعة . . عاد حق السكنىٰ ، وفي « فتاوى القفال » : أن المعتدة لو أسقطت حق السكنىٰ . . لم يصح إسقاطها ؛ لأنها تجب يوماً بيوم ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب .

وتستثنىٰ ـ مع ما ذكره المصنف ـ الصغيرة التي لا تحتمل الجماع فلا سكنىٰ لها على الأصح ، وكذلك الأمة حيث لا نفقة علىٰ زوجها ، ومقتضىٰ كلام الرافعي : تصحيح أنه تجب عليها مع ذلك ملازمة المسكن .

قال : (**ولمعتدة وفاة في الأظهر**) وبه قال مالك وأحمد ؛ لما روىٰ مالك [٢/ ٥٩١] والأربعة[1] والحاكم [٢/ ٢٠٨] وابن حبان [٤٢٩٢] عن فريعة ـ بالفاء ـ بنت مالك بن سنان شقيقة أبي سعيد الخدري ـ وكانت ممن شهد بيعة الرضوان ـ : أن زوجها قتل ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ترجع إلىٰ أهلها وقالت : إن زوجي لم يتركني في منزل يملكه ، فأذن لها في الرجوع .

قالت : فانصرفت حتىٰ إذا كنت في الحجرة أو في المسجد . . دعاني فقال : « كيف قلت؟ » فأعدت القصة فقال : « امكثي في بيتك حتىٰ يبلغ الكتاب أجله » قالت : فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، وهـٰذا الحديث صحيح عمل به الفقهاء ، وغلطوا ابن حزم في تضعيفه .

---

(١) أبو داوود (٢٢٩٤) ، والترمذي (١٢٠٤) ، والنسائي (٦/ ٢٠٠) ، وابن ماجه (٢٠٣١) .

والثاني : لا سكنىٰ لها ؛ لأنه لا نفقة لها ، وبه قال أبو حنيفة والمزني ومنصور التميمي والجويني في « التبصرة » والغزالي في « الخلاصة » وغيرهم ، وحملوا قوله : « امكثي » على الندب .

وروى البيهقي [٧/٤٣٦] بإسناد صحيح : أن علياً رضي الله عنه نقل ابنته أم كلثوم من دار الإمارة بعدما استشهد عمر رضي الله عنهم بسبع ليال .

وفرق ابن الصباغ بين السكنىٰ والنفقة بأن النفقة حقها فسقطت بالميراث ، والسكنىٰ حق الله فلم تسقط .

وموضع القولين : إذا لم يطلقها قبل الوفاة ، فإن طلقها رجعياً ثم مات . . فلها السكنىٰ قولاً واحداً ؛ لأنها تستحقها بالطلاق فلم تسقط بالموت ، لـكن لم يستثن المصنف هنا الناشز ، وقد قال القاضي والمتولي : إذا مات وهي ناشز . . لا تستحق السكنىٰ ، وقال الإمام : فيه نظر ، وكان ينبغي تأخير قوله : (لا ناشزة) إلىٰ هنا .

قال : (**وفسخ على المذهب**) ؛ لأنها معتدة عن نكاح صحيح بفرقة في الحياة فأشبهت المطلقة ، وقيل : قولان :

أحدهما : تستحق ؛ لما ذكرنا .

والثاني : المنع ؛ لأن إيجاب السكنىٰ إنما ورد في المطلقة ، فيبقىٰ غيرها على الأصل .

والطريقة الثالثة : إن كان لها مدخل في الفسخ بعتقها أو عيبها . . فلا ، وإلا . . فقولان .

والرابعة : إن كان لها مدخل . . فلا إسكان ، وإلا . . فلها قطعاً .

والخامسة : إن استندت الفرقة إلىٰ سبب مقارن للعقد . . لم تستحقها ، وإلا . . استحقت .

وصحح الشيخان في (باب مثبتات الخيار) في (النكاح) عدم الوجوب ، ولم يصرحا في « الشرح » ولا في « الروضة » هنا بترجيح ، وحيث قلنا : لا تستحق . . فللزوج إسكانها حفظاً لمائه وعليها الإجابة .

وَتُسْكَنُ فِي مَسْكَنٍ كَانَتْ فِيهِ عِنْدَ ٱلْفُرْقَةِ ، وَلَيْسَ لِزَوْجٍ وَغَيْرِهِ إِخْرَاجُهَا ، وَلاَ لَهَا خُرُوجٌ . ...

فرع :

لو ثبتت العدة بقولها فلا سكنىٰ لها وذلك بأن تدعي الإصابة وينكرها الزوج فعليها العدة بإقرارها ولا نفقة لها ولا سكنىٰ .

فرع :

قال في « أصل الروضة » : إذا لم تكن للمتوفىٰ تركة.. لم يكن على الوارث إسكانها ، فلو تبرع به.. لزمها الإجابة ، وإن لم يتبرع.. ففي « التهذيب » : أنه يستحب للسلطان أن يسكنها من بيت المال لا سيما إن كانت تتهم بريبة .

قال : (**وتسكن في مسكن كانت فيه عند الفرقة**) ؛ لعموم ما تقدم ، ولكن يشترط أن يكون لائقاً بها حال الطلاق ، ويمكن بقاؤها فيه لكونه ملكاً للزوج أو مستأجراً أو مستعاراً .

قال : (**وليس للزوج وغيره إخراجها ، ولا لها خروج**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ قال ابن عباس رضي الله عنهما : الفاحشة المبينة : البذاءة علىٰ أهل زوجها[1] ، فلو اتفقا على الخروج.. منعهما الحاكم .

ومحل ما ذكره المصنف : إذا كان الطلاق غير رجعي ، أما الرجعية.. ففي « الحاوي » و« المهذب » أن للزوج أن يسكنها حيث شاء ؛ لأنها في حكم الزوجات ، وبه جزم المصنف في « نكته » ، وفي « النهاية » : أنها في ذلك كالبائن ، وهو نصه في « الأم » في موضعين ، وإطلاق المصنف يقتضيه .

قال الشيخ : وما قاله الشافعي أولىٰ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ ، ولأنه لا تجوز الخلوة بها فضلاً عن الاستمتاع ، فليست كالزوجات .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١٠٢٢) ، والبيهقي (٧/ ٤٣٢) .

قُلْتُ : وَلَهَا ٱلْخُرُوجُ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ ، وَكَذَا ٱلْبَائِنُ فِي ٱلنَّهَارِ لِشِرَاءِ طَعَامٍ وَغَزْلٍ وَنَحْوِهِ ، وَكَذَا لَيْلاً إِلَىٰ دَارِ جَارَةٍ لِغَزْلٍ وَحَدِيثٍ وَنَحْوِهِمَا بِشَرْطِ أَنْ تَرْجِعَ وَتَبِيتَ فِي بَيْتِهَا ، . . . .

قال : (**قلت : ولها الخروج في عدة وفاة ، وكذا البائن في النهار لشراء طعام وغزل ونحوه**) أما البائن . . فلما روىٰ مسلم عن جابر [١٤٨٣] قال : طلقت خالتي سلمىٰ ، فأرادت أن تجذ نخلها فزجرها رجل أن تخرج ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « جذي نخلك ؛ فإنك عسىٰ أن تصدقي أو تفعلي معروفاً » .

قال الشافعي : ونخل الأنصار قريب من منازلهم ، والجذاذ لا يكون إلا نهاراً .

وأما المتوفىٰ عنها زوجها . . فقياساً على البائن ، بل أولىٰ .

والقول الثاني ـ وهو القديم ـ : لا يجوز للمطلقة البائن أن تخرج ؛ لعموم : ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ ، ولأنها موغرة الصدر فلا يؤمن منها الفساد ، بخلاف المتوفىٰ عنها ؛ فإنها متفجعة .

وحكم المعتدة عن شبهة أو نكاح فاسد حكم المتوفىٰ عنها زوجها ، وحكم المفسوخ نكاحها حكم المبتوتة ، وأما الرجعية . . فزوجة لا تخرج إلا بإذنه ، وكذا الجارية المستبرأة والمسبية في زمن الاستبراء ، قاله المتولي والقاضي حسين ، وزاد أم الولد .

كل هـٰذا إذا لم يكن لها من يقضيها حاجتها ، فإن كان لها من يكفيها ذلك . . لم يجز الخروج إلا لضرورة ، قاله الإمام .

قال : (**وكذا ليلاً إلىٰ دار جارة لغزل وحديث ونحوهما بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها**) ؛ لما رواه الشافعي [أم ٥/٢٣٥] والبيهقي [٧/٤٣٦] مرسلاً عن مجاهد قال : استشهد رجال يوم أحد ، فقالت نساؤهم : يا نبي الله ؛ إنا نستوحش بالليل فنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا . . تبددنا إلىٰ بيوتنا ، فقال صلى الله عليه وسلم : « تحدثن عند إحداكن ما بدا لـٰكن ، فإذا أردتن النوم . . فلتأت كل امرأة منكن إلىٰ بيتها » .

وكان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما يقول : لا يصلح للمرأة أن تبيت ليلة واحدة

وَتَنتَقِلُ مِنَ ٱلْمَسْكَنِ لِخَوْفٍ مِنْ هَدْمٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ عَلَىٰ نَفْسِهَا ، أَوْ تَأَذَّتْ بِالْجِيرَانِ ، أَوْ هُمْ بِهَا أَذىً شَدِيداً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

إذا كانت في عدة وفاة أو طلاق إلا في بيتها[1] ، وظاهر الخبر : أن محل جواز الخروج إذا لم يكن معها في منزلها من يؤنسها ، فإن كان . . فيظهر أنه لا يجوز لها الخروج إلىٰ دار الجيران .

قال : (**وتنتقل من المسكن لخوف من هدم أو غرق أو علىٰ نفسها**) سواء في ذلك عدة الوفاة والطلاق ، وكذلك إذا لم تكن الدار حصينة وكانت تخاف اللصوص ، أو كانت بين قوم فسقة تخاف منهم علىٰ نفسها ؛ ففي « سنن أبي داوود » [٢٢٨٦] عن عائشة أنها قالت : كانت فاطمة بنت قيس في مكان وحش مخيف ، فلذلك أرخص لها النبي صلى الله عليه وسلم .

وفي « صحيح مسلم » [١٤٨٢] عنها أنها قالت : يا رسول الله ؛ طلقني زوجي ثلاثاً ، فأخاف أن يقتحم علي ، فأمرها فتحولت .

قال : (**أو تأذت بالجيران ، أو هُمْ بها أذىً شديداً والله أعلم**) ؛ لقول ابن عباس : هي البذاءة على الأحماء ، وكذلك كانت فاطمة بنت قيس ، ووقع في « الرافعي » : أنها فاطمة بنت أبي حبيش ، وهو سبق قلم .

قال الرافعي : قال سعيد بن المسيب : كان في لسانها ذرابة فاستطالت علىٰ أحمائها ، كذا رواه الشافعي في « مسنده » [١/٣٠٢] .

قال البيهقي : قد يكون العذر في نقلها خوف المنزل واستطالتها على الناس جميعاً ، فاقتصر كل واحد من ناقليهما علىٰ نقل أحدهما دون الآخر ؛ لتعلق الحكم بكل واحد منهما على الانفراد .

قال الشافعي [أم ٥/٢٣٦] : ولم يقل لها النبي صلى الله عليه وسلم : اعتدي حيث شئت ، ولٰكنه حصنها حيث رضي ؛ إذ كان زوجها غائباً ولم يكن له وكيل بتحصينها .

---

(١) أخرجه الشافعي في « المسند » (١/ ٣٠٢) ، والبيهقي (٧/ ٤٣٦) .

وَلَوِ ٱنْتَقَلَتْ إِلَىٰ مَسْكَنٍ بِإِذْنِ ٱلزَّوْجِ وَوَجَبَتِ ٱلْعِدَّةُ قَبْلَ وُصُولِهَا إِلَيْهِ . . ٱعْتَدَّتْ فِيهِ عَلَى ٱلنَّصِّ ، . . . .

تنبيهان :

أحدهما : أطلق المصنف الانتقال عند هـٰذه الضرورات ، وهو يفهم أنها تسكن حيث شاءت ، وليس كذلك ، بل قال الرافعي : الذي أورده الجمهور انتقالها إلىٰ أقرب المواضع إلىٰ ذلك المسكن ، والمنصوص في « الأم » : أن الزوج يحصنها حيث رضي لا حيث شاءت .

الثاني : الانتقال لا يختص بما سبق ، بل حيث وجدت ضرورة كما لو طلقها في دار الحرب . . فعليها أن تهاجر ، وكما إذا زنت المعتدة عن الوفاة في عدتها وهي بكر . . فإنها تغرب على الصحيح ، وكذا إذا ارتحل قوم البدوية . . فإنها ترتحل معهم ، وكذلك إذا رجع المعير أو انقضت مدة الإجارة وطلبا النقلة كما سيأتي .

وإذا وجب عليها حق يختص بها وهي برزة . . خرجت ولا تؤخر الحق إلى انقضاء العدة ، فإذا قضت الحق . . رجعت إن بقي من العدة شيء ، فإن أمكن استيفاء الحق في بيتها كالدين والوديعة . . فإنها لا تخرج .

ولا تعذر في الخروج لأغراض تعد من الزيادات دون المهمات كالزيارة والعمارة واستنماء المال بالتجارة وتعجيل حجة الإسلام وأشباهها .

قال : (**ولو انتقلت إلىٰ مسكن**) أي : في البلد (**بإذن الزوج ووجبت العدة قبل وصولها إليه**) بأن مات أو طلق (. . **اعتدت فيه على النص**) ؛ لأنها مأمورة بالمقام فيه ممنوعة من الأول ، فلو وصلت إليه . . اعتدت فيه قطعاً ، والاعتبار ببدنها لا بالأمتعة والخدم ، خلافاً لأبي حنيفة ، فلو عادت إلى الأول لنقل متاع فطلقها فيه . . اعتدت في الثاني ، فتقابل النص ثلاثة أوجه :

أحدها : تعتد في الأول .

والثاني : في أقربهما .

والثالث : تتخير بينهما ؛ لأنها غير مستقرة في واحد منهما ولها تعلق بكل منهما .

أَوْ بِغَيْرِ إِذْنٍ . . فَفِي ٱلْأَوَّلِ ، وَكَذَا لَوْ أَذِنَ ثُمَّ وَجَبَتْ قَبْلَ ٱلْخُرُوجِ . وَلَوْ أَذِنَ فِي ٱلِانْتِقَالِ إِلَىٰ بَلَدٍ . . فَكَمَسْكَنٍ ، أَوْ فِي سَفَرِ حَجٍّ أَوْ تِجَارَةٍ ثُمَّ وَجَبَتْ فِي ٱلطَّرِيقِ . . فَلَهَا ٱلرُّجُوعُ وَٱلْمُضِيُّ ، . . . .

قال : (**أو بغير إذن . . ففي الأول**) سواء حصلت الفرقة قبل وصولها الثاني أو بعده؛ لعصيانها بذلك، أما إذا أذن لها بعد الانتقال أن تقيم فيه . . فكما لو انتقلت بالإذن .

قال : (**وكذا لو أذن ثم وجبت قبل الخروج**) ؛ لأنه المنزل الذي وجبت فيه العدة ، وسواء كانت قدمت متاعاً إلى الثاني أم لا .

قال : (**ولو أذن في الانتقال إلىٰ بلد . . فكمسكن**) فإن وجد سبب الفراق بعد الانتقال إلى البلد الثاني . . اعتدت فيه ، وإن كان في الطريق . . فعلى الأوجه الأربعة المتقدمة ، وحكي وجه خامس : أن عليها الرجوع إلى الأول إذا لم تكن بلغت مسافة القصر ، وإن وجبت بعد الدخول إلى البلد الآخر . . اعتدت فيه قطعاً .

قال : (**أو في سفر حج أو تجارة**) وكذا عمرة واستحلال من مظلمة .

قال : (**ثم وجبت في الطريق**) بأن فارقت العمارة وما يشترط مجاوزته في حق المسافر (. . **فلها الرجوع والمضي**) ؛ لأن في قطعها عن السفر مشقة ، لا سيما إذا بعدت عن البلد وخافت الانقطاع عن الرفقة ، وقيل : إن وجبت قبل مسافة القصر . . لزمها الرجوع والاعتداد في المسكن ؛ لأنها كالحاضرة وهو شاذ .

وحكى الفوراني وجهاً ثالثاً فارقاً بين سفر الحج الواجب وغيره ، فتمضي في سفر الحج دون غيره ، وهو أيضاً شاذ لم يتعرض له الجمهور ، وصاحب « الذخائر » واهم في ترجيحه ، وكذلك ابن الرفعة حيث قال : إنه منصوص « الأم » .

واحترز بـ(سفر الحج والتجارة) عن سفر النزهة ، فإذا أذن لها فيه فبلغت المقصد ثم حدث ما يوجب العدة ، فإن لم يقدر الزوج مدة . . لم تقم أكثر من مدة المسافرين ، وإن قدر . . فقيل الحكم كذلك ، والأصح : أن لها استيفاء المدة المقدرة ، ويجريان فيما لو قدر في سفر الحاجة مدة تزيد علىٰ قدر الحاجة . . فإن الزائد كالنزهة ، ولو حدث سبب العدة في سفر النزهة قبل بلوغها المقصد فحيث قلنا في سفر الحاجة : فَإِنْ يجب الانصراف . . فهنا أولىٰ ، وحيث قلنا : لا يجب . . فهنا وجهان .

فَإِنْ مَضَتْ . . أَقَامَتْ لِقَضَاءِ حَاجَتِهَا ، ثُمَّ يَجِبُ ٱلرُّجُوعُ لِتَعْتَدَّ ٱلْبَقِيَّةَ فِي ٱلْمَسْكَنِ . وَلَوْ خَرَجَتْ إِلَىٰ غَيْرِ ٱلدَّارِ ٱلْمَأْلُوفَةِ وَطَلَّقَ وَقَالَ : مَا أَذِنْتُ فِي ٱلْخُرُوجِ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَقَلْتَنِي ، فَقَالَ : بَلْ أَذِنْتُ لِحَاجَةٍ . . صُدِّقَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ .

وأما سفر الزيارة . . فكسفر النزهة علىٰ ظاهر النص ، وقيل : كسفر الحاجة ، ثم إذا انتهت مدة جواز الإقامة في هـٰذه الأحوال . . فعليها الانصراف في الحال إن لم تكن انقضت مدة العدة بتمامها ؛ لتعتد بقية العدة في المسكن ، فإن كان الطريق مخوفاً أو لم تجد رفقة . . عذرت في التأخير ، فلو علمت أن البقية تنقضي في الطريق . . ففي لزوم العود وجهان : أصحهما : يلزمها ، وهو نصه في « الأم » ؛ لتكون أقرب إلىٰ موضع العدة ، ولأن تلك الإقامة غير مأذون فيها والعود مأذون فيه .

هـٰذا كله إذا أذن لها في السفر ، فأما إذا خرجت مع الزوج ثم طلقها أو مات . . فعليها الانصراف ، ولا تقيم أكثر من مدة المسافرين ثلاثة أيام ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن للمهاجر أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثة أيام(١) ، اللهم إلا إن كان الطريق مخوفاً أو لم تجد رفقة .

قال : (**فإن مضت . . أقامت لقضاء حاجتها ، ثم يجب الرجوع لتعتد البقية في المسكن**) ؛ عملاً بحسب الحاجة .

قال : (**ولو خرجت إلىٰ غير الدار المألوفة وطلق وقال : ما أذنت في الخروج . . صدق بيمينه**) ؛ لأن الأصل عدم إذنه .

قال : (**ولو قالت : نقلتني ، فقال : بل أذنت لحاجة . . صدق**) أي : بيمينه (**على المذهب**) ؛ لأنه أعلم بقصده ، ولأنهما لو اختلفا في أصل الإذن . . كان القول قوله ، فكذا في صفته ، فإن اختلفت هي ووارث الزوج كذلك . . كان القول قولها ؛ لأنهما استويا في الجهل بقصد الزوج ، والظاهر معها فرجح جانبها .

والطريق الثاني : قولان .

والثالث : أن تحول الزوج معها إلى المنزل الثاني فهي المصدقة عليه وعلىٰ وارثه ، وإن انفردت بالتحول . . صدقا عليها .

---

(١) البخاري (٣٩٣٣) ، ومسلم (١٣٥٢/ ٤٤١) .

وَمَنْزِلُ بَدَوِيَّةٍ وَبَيْتُهَا مِنْ شَعَرٍ كَمَنْزِلِ حَضَرِيَّةٍ . وَإِذَا كَانَ ٱلْمَسْكَنُ لَهُ وَيَلِيقُ بِهَا . . تَعَيَّنَ ، وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ إِلاَّ فِي عِدَّةِ ذَاتِ أَشْهُرٍ . . فَكَمُسْتَأْجِرٍ ، . . . .

والرابع : القطع بأن القول قولها مطلقاً ؛ لأنها تدعي سفراً واحداً ومنازعها يدعي سفرين ، والأصل عدم الإذن في الثاني ، وبهـٰذا قطع الماوردي .

قال : (**ومنزل بدوية وبيتها من شعر كمنزل حضرية**) فإذا لزمتها العدة فيه . . فعليها ملازمته ، فإن كان أهلها نازلين علىٰ ما لا ينتقلون عنه ولا يظعنون إلا لحاجة . . فهي كالحضرية من كل وجه ، وإن كانوا ينتقلون شتاء وصيفاً ، فإن ارتحلوا جميعاً . . ارتحلت معهم كما تقدم ، وإن كان الباقون أهلها وفيهم قوة . . أقامت .

وإن ارتحل أهلها وفي الباقين قوة . . فقيل : تقيم ، والأصح : تتخير .

والبدوية : نسبة إلىٰ سكنى البادية ، قال سيبويه : وهو من شاذ النسب .

قال : (**وإذا كان المسكن له ويليق بها . . تعين**) أي : استدامتها فيه ، وليس لها مفارقته ، ولا تخرج منه إلا بالعذر السابق ، واعتبار كون المسكن لإبقائها سيأتي في (باب النفقات) بيانه .

قال : (**ولا يصح بيعه**) ما لم تنقض العدة إن كانت تعتد بالأقراء أو الحمل ؛ لأن المنفعة مستحقة لها ، وآخر المدة غير معلوم .

قال ابن الرفعة : هـٰذا ظاهر في الحمل ، أما في الأقراء . . ففيه نظر ؛ لأن العادة فيها تدوم ، وإن اضطربت بزيادة أو نقص . . فعلىٰ ندور ، ولا عبرة في عقود المعاوضات بالاختلاف الواقع علىٰ ندور فيما هو شرط في العقد ، بدليل أن الرؤية السابقة على العقد تكفي إذا كان المبيع لا يتغير غالباً . اهـ

وينبغي أن يستثنىٰ من منع البيع ما إذا كان قد رهنه بدين قبل ذلك ، ثم حل الدين بعد الطلاق ولم يمكنه وفاؤه من موضع آخر . . فيجوز بيعه لسبق الدين .

قال : (**إلا في عدة ذات أشهر . . فكمستأجر**) فيخرج بيعه على القولين في بيع الدار المستأجرة ، فإن صححنا فحاضت في أثنائها وانتقلت إلى الأقراء . . خرج ذلك على اختلاط الثمار المبيعة بالحادثة حيث لا يغلب التلاحق ، والأصح : أنه

وَقِيلَ : بَاطِلٌ . أَوْ مُسْتَعَاراً . . لَزِمَتْهَا فِيهِ ، فَإِنْ رَجَعَ ٱلْمُعِيرُ وَلَمْ يَرْضَ بِأُجْرَةٍ . . نُقِلَتْ ، وَكَذَا مُسْتَأْجَرٌ ٱنْقَضَتْ مُدَّتُهُ . أَوْ لَهَا . . ٱسْتَمَرَّتْ وَطَلَبَتِ ٱلأُجْرَةَ . . . .

لا ينفسخ ، بل يخير المشتري ، وموضع الخلاف إذا لم تكن هي المستأجرة ، فإن كانت وباعها لها . . فلا شك في الصحة .

قال : (**وقيل : باطل**) أي : قطعاً ، ولا يخرج على القولين ؛ لأنها قد تموت في المدة فترجع المنفعة للبائع وذلك غرر ، بخلاف المستأجر يموت فإن منفعته تعود لورثته ، ولم يصرح في « المحرر » بهـٰذا الوجه ، وعلم من هـٰذا أن المصنف يطلق الوجه ويريد به الطريقة .

قال : (**أو مستعاراً . . لزمتها فيه**) لأنه حينئذ كالمستأجر ، وليس للزوج نقلها منه إلىٰ منزله ، وقيل : له ذلك ؛ لئلا تحتاج إلىٰ تحمل منة المعير .

قال : (**فإن رجع المعير ولم يرض بأجرة**) أي : أجرة المثل (. . **نقلت**) أي : وجوباً ؛ لما روى ابن حبان : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » .

ومثل رجوعه خروجه عن أهلية التبرع بجنون أو سفه أو زوال استحقاق بانقضاء إجارة أو موت ، فإن رضي بأجرة . . لزم الزوج بذلها وامتنع نقلها .

قال : (**وكذا مستأجر انقضت مدته**) فتنتقل منه إن لم يجدد المالك إجارة ، وينبغي أن يتحرىٰ أقرب المواضع إلىٰ مكان الطلاق ؛ لأنه إذا تعذر المكان المستحق يراعىٰ أقرب موضع إليه كتفرقة الزكاة .

قال : (**أو لها . . استمرت وطلبت الأجرة**)(١) ؛ لأن السكنىٰ حق لها عليه فلزم أجرته .

وكلام المصنف كالصريح في أنه يجب عليها أن تستمر فيه ، وهو ما جزم به صاحب « المهذب » و« التهذيب » ، والأصح ـ كما في « الروضة » ـ : أنها إن رضيت بالإقامة فيه بأجرة أو بإعارة . . جاز ، وهو أولىٰ ، وإن طلبت الانتقال . . فلها ذلك .

---

(١) في هامش (ز) : (أطلق الأجرة ، والمراد : أجرة أقل ما يسعها من المسكن ، نص عليه في « الأم » [٥/٢٢٧]) .

فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ ٱلنِّكَاحِ نَفِيساً . . فَلَهُ ٱلنَّقْلُ إِلَىٰ لَائِقٍ بِهَا ، أَوْ خَسِيساً . . فَلَهَا ٱلِامْتِنَاعُ . وَلَيْسَ لَهُ مُسَاكَنَتُهَا وَمُدَاخَلَتُهَا ، فَإِنْ كَانَ فِي ٱلدَّارِ مَحْرَمٌ لَهَا مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ ، أَوْ لَهُ أُنْثَىٰ ، أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَىٰ أَوْ أَمَةٌ . . جَازَ . . . .

فرع :

إذا سكنت في منزلها مع الزوج مدة من غير طلب أجرة . . فالنص أن حقها يسقط بالسكوت ، والنص فيما إذا أنفقت علىٰ نفسها من مالها ولم تطالب بالنفقة الاستقرار ، فمن الأصحاب من نقل وخرج ، والأكثرون علىٰ تقرير النصين .

والفرق : أن النفقة معاوضة تجب بالتمكين ، وقد حصل فلم تسقط بمضي الزمان ، والسكنىٰ لمجرد حق الله فسقطت .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : أنها إذا سكنت في منزلها معه مدة . . سقط فيها حق السكنىٰ ، ولا مطالبة لها بأجرة سكنه معها إن كانت أذنت له في ذلك ؛ لأن الإذن المطلق العاري عن ذكر العوض منزل على الإعارة والإباحة . اهـ

قلت : هـٰذا إذا لم يختص الزوج بمكان كخزانة لأمتعته ، فإن اختص . . وجب عليه أجرة المكان المختص به إلا أن تبيحه له صريحاً .

قال : (**فإن كان مسكن النكاح نفيساً . . فله النقل إلىٰ لائق بها**) ؛ لأنه الواجب عليه ، والمراد : نقلها إلىٰ أقرب موضع من مسكن النكاح ؛ حتىٰ لا يطول ترددها في الخروج ، كذا نص عليه ، وصرح به القاضي وغيره .

قال : (**أو خسيساً . . فلها الامتناع**) ؛ لأن ذلك حق لها يتجدد يوماً فيوماً ، فإن رضيت به . . جاز ، بخلاف ما إذا رضيت بمسكن لا تأمن فيه علىٰ نفسها . . فإنه لا يجوز كما صرح به الماوردي .

قال : (**وليس له مساكنتها ومداخلتها**) ويعصي بذلك ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ﴾ أراد بذلك المسكن ، ولأنه يؤدي إلى الخلوة بها وهي محرمة ، وسواء كانت بائناً أو رجعية .

قال : (**فإن كان في الدار محرم لها مميز ذكر ، أو له أنثىٰ ، أو زوجة أخرىٰ أو أمة . . جاز**) ؛ لانتفاء المحذور ، لـٰكنه مكروه ؛ لاحتمال أن يقع بصره عليها .

وَلَوْ كَانَ فِي ٱلدَّارِ حُجْرَةٌ يَسْكُنُهَا أَحَدُهُمَا وَٱلآخَرُ ٱلأُخْرَىٰ ؛ فَإِنِ ٱتَّحَدَتِ ٱلْمَرَافِقُ كَمَطْبَخٍ وَمُسْتَرَاحٍ . . ٱشْتُرِطَ مَحْرَمٌ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

ومحل الجواز : إذا كان فيه فضل علىٰ سكناها ، وإلا . . وجبت تخليته لها .

وتقييده بـ(المميز) صريح في أنه لا يشترط البلوغ ، وهو خلاف ما في « الشرح » و« الروضة » من اشتراطه ، ونقلاه عن النص ، واكتفىٰ أبو حامد بالمراهق ، مع أن الاكتفاء بالمميز لا يعرف لأحد ، ولذلك قيده في « الفتاوىٰ » بالذي يستحيىٰ منه ولا بد من ذلك وهو في الحقيقة راجع إلىٰ مقالة أبي حامد فليحمل إطلاق الكتاب عليه ، وإلا . . كان مخالفاً للنص ولوجه الشيخ أبي حامد .

وقوله : (ذكر) يقتضي أنه لا تكفي عمتها ولا خالتها ، والصحيح في « أصل الروضة » : الاكتفاء بذلك ، بل يكفي حضور المرأة الواحدة الأجنبية الثقة ، لـٰكن ظاهر النص اشتراط النسوة الثقات كالحج .

تنبيهان :

أحدهما : لا فرق في الخلوة حيث تحرم بين الأعمىٰ والبصير كما صرح به في (صلاة الجماعة) من « شرح المهذب » ، لـٰكن يجوز عند الضرورة كما لو وجد امرأة في برية . . فله استصحابها ، بل يجب إذا خاف عليها لو تركها .

وقال العبادي في « الزيادات » : لا يكون الأعمىٰ محرماً للمرأة في السفر ، فعلىٰ ما قال : يكون هنا كغير المميز ؛ لأن المعنىٰ فيه ظاهر .

الثاني : نقل الرافعي هنا عن الأصحاب أنه لا يجوز أن يخلو رجلان بامرأة واحدة ، ويجوز أن يخلو رجل بنسوة إذا كن ثقات ، والفرق أن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل ، والمصنف اختلف كلامه في المسألة في أبواب ، وصرح في « شرح المهذب » بتحريم خلوة الرجل بالنسوة .

قال : (**ولو كان في الدار حجرة يسكنها أحدهما والآخر الأخرىٰ ؛ فإن اتحدت المرافق كمطبخ ومستراح . . اشترط محرم ، وإلا . . فلا**) ؛ لأن اتحاد المرافق يؤدي إلى الخلوة فاشترط ما يمنع منها ، بخلاف ما إذا تعددت فإنها تصير كالدارين المتجاورتين .

وَيَنْبَغِي أَنْ يُغْلَقَ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ بَابٍ ، وَأَنْ لاَ يَكُونَ مَمَرُّ إِحْدَاهُمَا عَلَى ٱلأُخْرَىٰ . وَسُفْلٌ وَعُلْوٌ كَدَارٍ وَحُجْرَةٍ . . . .

و(الحجرة) بضم الحاء : كل منزل محوط .

ومرافق الدار : مصاب المياه ونحوها مما يحصل به الارتفاق .

قال : (**وينبغي أن يغلق ما بينهما من باب ، وأن لا يكون ممر إحداهما على الأخرىٰ**) حذراً من الوقوع في الخلوة ، والسد أولىٰ من الإغلاق ، وصرح القاضي أبو الطيب والماوردي بأنه يسمره مع الإغلاق ، وعبارة المصنف تقتضي أن ذلك لا يشترط ، والمجزوم به في « الشرح » و« الروضة » اشتراطه .

قال : (**وسفل وعلو كدار وحجرة**) أي : في الحكم الذي تقرر ، فيأتي فيه ما تقدم من اشتراط المحرم عند اتحاد المرافق ، وعدمه عند تعددها ، وسد ما بينهما ، وقال في « التجريد » : الأولىٰ أن يسكنها العلو حتىٰ لا يمكنه الاطلاع عليها .

و(العلو) مثلث العين ، و(السفل) بضم أوله وكسره .

تتمة :

كل معتدة لم نوجب لها السكنىٰ ، فقال صاحب العدة أو وارثه : أنا أسكنها في موضع تقضي العدة فيه . . تلزمها الإجابة ، وليس لها أن تمتنع ؛ لأن له في ذلك غرضاً وهو مراعاة النسب حتىٰ لا يشتبه أمرها عليهم فيجحدوا النسب إذا أتت بولد ، وكذلك إذا لم يتبرع به صاحب العدة ولا وارثه ورأى السلطان أن يسكنها في موضع ليحصنها . . لم يكن لها أن تمتنع ؛ مراعاة لحق الله تعالىٰ .

* * *

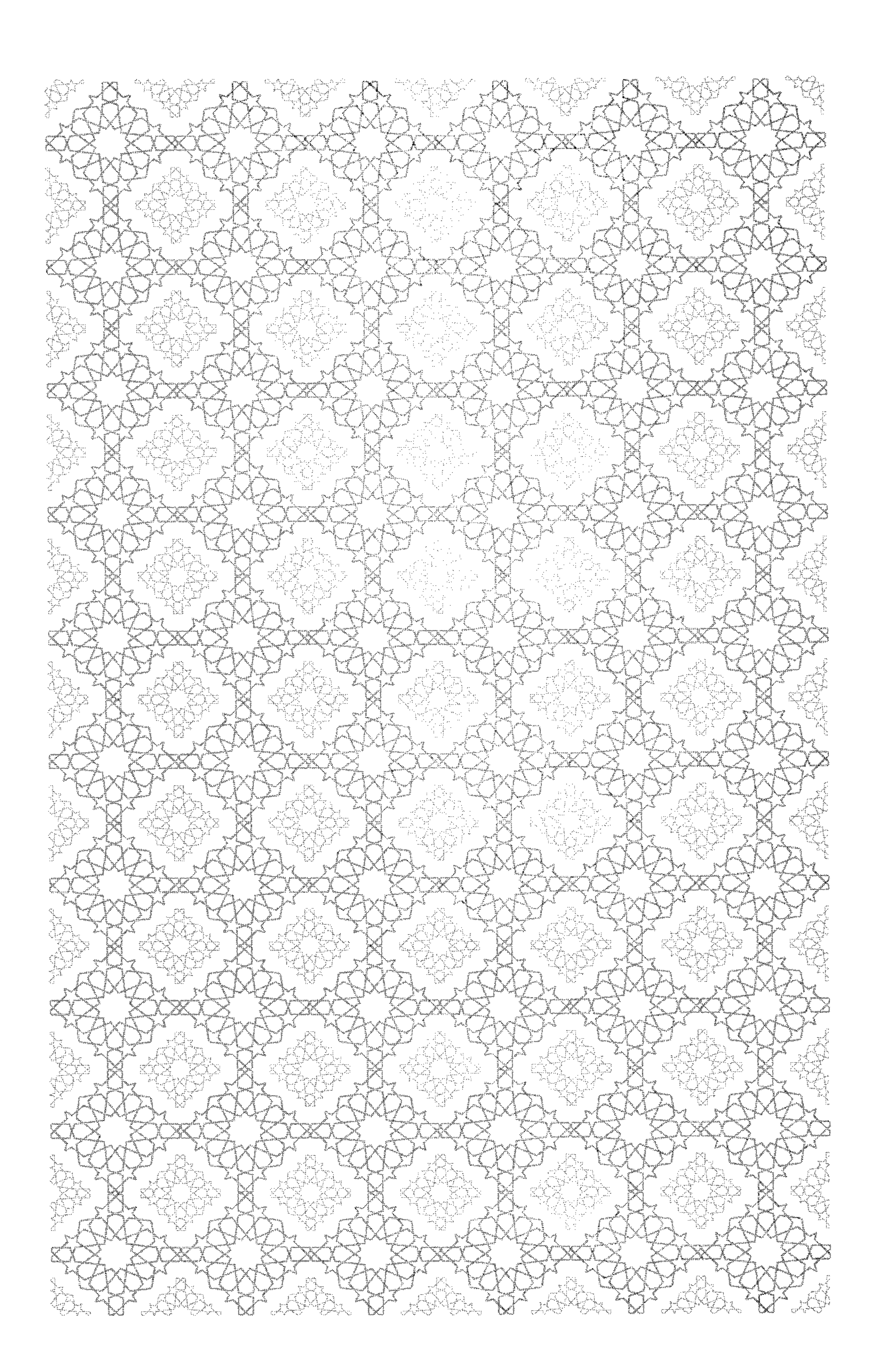
خاتمة

إذا طلقت زوجة الملاح في سفينة ولا منزل لها سواها ، فإن كانت كبيرة فيها أماكن مميزة المرافق . . اعتدت في مكان منها ، وإلا . . اعتدت في أقرب المواضع إلى الشط ، فإن تعذر خروج أحدهما . . سترت وأبعدت عنه بحسب الإمكان .

* * *



كتاب الاستبراء



كِتَابُ ٱلاِسْتِبْرَاءِ

يَجِبُ بِسَبَبَيْنِ : أَحَدُهُمَا : مِلْكُ أَمَةٍ بِشِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ سَبْيٍ أَوْ رَدٍّ بِعَيْبٍ أَوْ تَحَالُفٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، . . . .

كتاب الاستبراء

هو عبارة عن التربص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً ، خص بهـٰذا الاسم لأنه مقدر بأقل ما يدل على البراءة من غير تعدد ، وسميت العدة لتعدد ما يدل على البراءة فيها ، وهو تابع لباب العدد ، فلذلك لم يبوب له في « المحرر » ، بل جعله فصلاً ، والأصل فيه ما سيأتي فيه من الأدلة .

قال : (**يجب بسببين : أحدهما : ملك أمة بشراء أو إرث أو هبة أو سبي أو رد بعيب أو تحالف أو إقالة**) ؛ لأن الفرج حرم عليه ثم حل له .

وقد استشكل تصور الملك المقتضي للاستبراء بمجرد السبي ؛ فإن الغنيمة لا تملك قبل القسمة ، فكان الأحسن أن يقول : أو قسمة عن سبي ، إلا أن يحمل علىٰ المسروق من دار الحرب علىٰ رأي الإمام والغزالي ، والجمهور علىٰ خلافه .

ونبه بالأمثلة المذكورة علىٰ أنه لا فرق بين الملك القهري والاختياري ، وأشار بذلك إلىٰ كل ما كان في معناه كقبول الوصية والفسخ بظن المشتري والرجوع في الهبة ونحوه ، حتىٰ لو ملك شخصان أمتين ومضت عليهما مدة الاستبراء ثم اقتسما ووقعت كل واحدة منهما في يد أحدهما ، إن قلنا : القسمة بيع . . احتاج كل إلى استبراء ، وإلا . . فلا ، قاله القاضي حسين في (أبواب الربا) .

لـٰكن قول المصنف (يجب بسببين) يقتضي أنه لا يجب بغيرهما ، وليس كذلك ؛ فإنه لو وطىء أمة غيره ظاناً أنها أمته . . وجب استبراؤها بقرء واحد ، وليس هنا حدوث ملك ولا زواله .

وقوله : (ملك أمة) يقتضي اعتبار ملك جميعها ، فلو ملك بعضها . . فلا استبراء ؛ إذ لا استباحة .

وَسَوَاءٌ بِكْرٌ وَمَنِ ٱسْتَبْرَأَهَا ٱلْبَائِعُ قَبْلَ ٱلْبَيْعِ وَمُنْتَقِلَةٌ مِنْ صَبِيٍّ وَٱمْرَأَةٍ وَغَيْرِهِمَا . . .

نعم ؛ لو كان ملك بعضها ثم ملك باقيها . . لزمه الاستبراء ، وهٰذه تشملها عبارة المصنف .

ثم إن عبارته وعبارة جماعة تقتضي وجوب الاستبراء عند تجدد الملك ، وعبارة آخرين تقتضي أنه لا يطلق وجوبه بل يتوقف الحل عليه ، وهي أصوب ؛ فإن ذلك لا يجب إلا عند إرادة الوطء أو الاستمتاع أو التزويج ، أما بغيره . . فلا يجب .

قال : (**وسواء بكر ومن استبرأها البائع قبل البيع ومنتقلة من صبي وامرأة وغيرهما**) ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس : « ألا لا توطأ حامل حتىٰ تضع ، ولا حائل حتىٰ تحيض حيضة » رواه أبو داوود [٢١٥٠] بإسناد صحيح ، وصححه الحاكم [٢/١٩٥] .

وفي « صحيح مسلم » [١٤٤١] : الهَمُّ بلعن من أراد وطء امرأة حامل من السبي .

وعن رويفع بن ثابت الأنصاري قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خيبر : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتىٰ يستبرئها » رواه أحمد [١٠٨/٤] وأبو داوود [٢١٥١] بإسناد صحيح ، وحسنه الترمذي [١١٣١ بنحوه] .

وقاس الشافعي والأصحاب ما عدا المسبية عليها ، وفي علة وجوبه جوابان للقاضي حسين من نصين للشافعي :

أحدهما : حدوث ملك الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع .

والثاني : حدوث ملك حل الفرج ، وتظهر ثمرة ذلك في استبراء المجوسية والمرتدة كما سيأتي ، فعلى العلة الأولىٰ . . يكفي ، وعلى الثانية . . لا ؛ إذ لا حل .

وخرج ابن سريج قولاً : أنه يجب استبراء البكر ، وخصه الإمام بالمسبية ، ونقله البخاري عن ابن عمر نظراً للمعنىٰ وهو البراءة .

وعن المزني : أنه إنما يجب إذا كانت الأمة موطوءة أو حاملاً ، واختاره الروياني في « الحلية » .

وَيَجِبُ فِي مُكَاتَبَةٍ عُجِّزَتْ ، وَكَذَا مُرْتَدَّةٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، لاَ مَنْ حَلَّتْ مِنْ صَوْمٍ وَٱعْتِكَافٍ وَإِحْرَامٍ ، وَفِي ٱلإِحْرَامِ وَجْهٌ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ زَوْجَتَهُ . . ٱسْتُحِبَّ ، . . . .

قال : (**ويجب في مكاتبة عجزت**) خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : أنه زال ملك الاستمتاع بها ، وصارت إلىٰ حالة لو وطئها لاستحقت المهر ، ثم عاد الملك فأشبه ما إذا باعها ثم اشتراها ، هـٰذا في الكتابة الصحيحة ، أما الفاسدة . . فإنها إذا عجزت . . حلت من غير استبراء كما قاله الرافعي في بابه .

قال : (**وكذا مرتدة في الأصح**) المراد : أنها ارتدت ثم أسلمت ؛ لأن ملك الاستمتاع قد زال ثم عاد فأشبه التي قبلها .

والثاني : لا يجب ، وصححه الإمام وابن المنذر ؛ لأنها بالعود إلى الإسلام أزالت أثر ما كان بالردة ، أما لو ارتد السيد ثم أسلم ، فإن أزلنا ملكه . . وجب الاستبراء ، وإلا . . وجب أيضاً على الأصح .

قال : (**لا من حلت من صوم واعتكاف وإحرام**) وكذا من الحيض والنفاس ؛ إذ لا خلل في الملك ، وكذا لو حرمت عليه بالرهن ثم انفك ؛ لأن ملك الاستمتاع باق ، وإنما راعينا جانب المرتهن ، ألا ترىٰ أنه يجوز له القبلة والنظر بشهوة .

وصورة المسألة : أن يأذن لها في ذلك وهي في ملكه فتفعل ، أما لو اشتراها محرمة أو صائمة صوماً واجباً . . فلا بد من الاستبراء ، ولـٰكن هل يكفي ما وقع في زمن العبادات الثلاث أم يجب استبراء جديد؟ قضية كلام العراقيين : أنه لا يكفي ، والاستبراء الواقع في صوم واعتكاف مصور في ذات الأشهر .

قال : (**وفي الإحرام وجه**) أنه يجب استبراؤها كالمرتدة ؛ لأن الإحرام سبب يتأكد التحريم به ، والمذهب الذي قطع به الجمهور : الأول .

قال : (**ولو اشترىٰ زوجته . . استحب**) ؛ ليتميز ولد الملك من ولد النكاح ، وإنما لم يجب لأنها انتقلت من حل إلىٰ حل ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك ما لو اشتراها بشرط الخيار . . فالمنصوص : أنه لا يجوز له وطؤها في زمن الخيار ، وفيه وجه .

ثم إنما يستحب استبراء الزوجة إذا كانت غير مطلقة طلاقاً رجعياً ، أما إذا كانت

وَقِيلَ : يَجِبُ . وَلَوْ مَلَكَ مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً . . لَمْ يَجِبْ ، فَإِنْ زَالاَ . . وَجَبَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

رجعية . . فاستبراؤها واجب ؛ لأنها كانت محرمة بالطلاق .

قال : (**وقيل : يجب**) لتجدد الملك وتبدل جهة الحل ، وقال القاضي حسين : إن قلنا : العلة حدوث ملك الرقبة . . وجب ، أو حدوث الحل . . فلا .

كل هـٰذا في الحر ، أما المكاتب إذا اشترىٰ زوجته . . فليس له وطؤها بالملك على المنصوص ؛ لأنه لا يملك ملكاً تاماً .

قال : (**ولو ملك مزوجة أو معتدة . . لم يجب**) ؛ لأنها مشغولة بحق غيره فلا فائدة له حينئذ .

قال : (**فإن زالا . . وجب في الأظهر**) المراد : زالت الزوجية والعدة بأن طلقها زوجها قبل الدخول ، أو بعده وانقضت العدة ، أو انقضت عدة الشبهة . . وجب الاستبراء ؛ لزاول المانع ووجود المقتضي .

والثاني : لا يجب ، وله وطؤها في الحال ؛ لأن موجب الاستبراء حدوث الملك ، وإذا تخلف الحكم عن الموجب . . سقط أثره ، والخلاف كالخلاف فيما إذا استولد الراهن المرهونة وقلنا : لا ينفذ في الحال ، هل ينفذ عند الانفكاك؟ والأصح : نعم .

وإذا قلنا : لا يجب الاستبراء في المزوجة إذا طلقت . . فلمن أراد تعجيل الاستمتاع أن يتحيل به في إسقاط الاستبراء ، فيسأل البائع أن يزوجها ثم يشتريها ، ثم يسأل الزوج طلاقها فتحل في الحال .

لـٰكن إنما يحصل الغرض إذا لم تكن الجارية موطوءة ، أو كان سيدها قد استبرأها ؛ إذ لا يجوز تزويج الجارية الموطوءة إلا بعد الاستبراء ، فلو أعتقها المشتري في الحال وأراد أن يتزوجها أو يزوجها من البائع أو غيره . . جاز على الصحيح كما سيأتي ، وعلىٰ هـٰذا : فهـٰذه حيلة ثانية في تعجيل الاستمتاع : أن يعتقها في الحال ويتزوجها إن لم يبال بفوات ماليتها ، ولا يحتاج إلىٰ سؤال التزويج والتطليق .

ٱلثَّانِي : زَوَالُ فِرَاشٍ عَنْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ ، أَوْ مُسْتَوْلَدَةٍ بِعِتْقٍ أَوْ مَوْتِ ٱلسَّيِّدِ . . . . .

والصورة الأولىٰ تسمى : الهارونية ؛ فإن هارون الرشيد طلب حيلة في تعجيل الاستمتاع بجارية أراد شراءها ، فذكر له أبو يوسف الحيلة الأولىٰ ، ويروىٰ : أنه دله على الحيلة الثانية فنفقت سوقه عنده .

وقيل : كان هارون ورث جارية من أبيه فهم بها فقالت : إن أباك أصابني ، فسأل العلماء عن ذلك ، فأعياهم الجواب ، فقال أبو يوسف : لا يقبل قولها .

قال القاضي حسين والإمام : ونحن نقول بذلك ، لـٰكن هل لها أن تحلفه أنه لا يعلم أن أباه أصابها؟ يحتمل وجهين .

فروع :

لا يجب في شراء الأمة التي كان البائع يطؤها إلا استبراء واحد ؛ لحصول البراءة ، فلو اشتراها من شريكين وطئاها في طهر واحد . . وجب استبراءان في الأصح كالعدتين من شخصين ، كذا صححه الرافعي في آخر « العدد » ، وقيل : يكفي استبراء واحد .

وكذلك لو وطىء أجنبيان أمة كل يظنها أمته . . فوطء كل يقتضي استبراء بقرء ، ولا تداخل على الأصح .

ولو وطئها المشتري قبل الاستبراء وباعها فأراد المشتري الثاني وطأها فهل يلزمه استبراؤها مرتين : مرة للأول ومرة له ، أو تكفي مرة واحدة ويدخل فيها الأول؟ فيه وجهان : أصحهما ـ علىٰ ما قاله الماوردي ـ : أولهما ، وقال الشيخ أبو حامد ونصر المقدسي : لا يجب إلا استبراء واحد .

قال : (**الثاني : زوال فراش عن أمة موطوءة ، أو مستولدة بعتق أو موت السيد**) ؛ لأنها كانت فراشاً للسيد ، وزوال الفراش بعد الدخول يقتضي التربص كما في زوال الفراش عن الحرة .

وروىٰ مالك [٢/٥٩٣] والبيهقي [٧/٤٤٧] عن ابن عمر أنه قال : (عدة أم الولد إذا هلك سيدها حيضة ، واستبراؤها بقرءٍ واحد) وبهـٰذا قال مالك .

وقال أبو حنيفة : بثلاثة أقراء ؛ لأنها حرة .

وَلَوْ مَضَتْ مُدَّةُ ٱلِاسْتِبْرَاءِ عَلَىٰ مُسْتَوْلَدَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ . . وَجَبَ فِي ٱلْأَصَحِّ . قُلْتُ : وَلَوِ ٱسْتَبْرَأَ أَمَةً مَوْطُوءَةً فَأَعْتَقَهَا . . لَمْ يَجِبْ ، وَيَتَزَوَّجُ فِي ٱلْحَالِ ؛ إِذْ لاَ تُشْبِهُ مَنْكُوحَةً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَيَحْرُمُ تَزْوِيجُ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٍ قَبْلَ ٱلِاسْتِبْرَاءِ . . . .

وعن أحمد روايتان :

أصحهما : كقولنا .

والثانية : عليها إن مات سيدها عدة الوفاة كقول الأوزاعي ، وفي العتق ثلاث حيض ؛ لحديث ضعيف فيه .

والقول بوجوب حيضة هو الأخذ بأقل ما قيل ، فهو أولىٰ من غيره .

ويندرج في عبارة المصنف الموقوفة إذا جوزنا تزويجها ؛ فإنه يجب استبراؤها ، وترد علىٰ من عبر بزاول الملك ؛ لأن الملك فيها لم يزل .

قال : (**ولو مضت مدة الاستبراء علىٰ مستولدة ثم أعتقها أو مات . . وجب في الأصح**) ولا يعتد بما مضىٰ كما لا يعتد بما مضىٰ قبل الطلاق من الأقراء .

والثاني : لا يجب كالمسألة التي بعدها .

ولو زوج أمته ثم طلقت قبل الدخول . . فالأظهر وجوب الاستبراء على السيد ؛ لأن ملك الاستمتاع زال ثم عاد .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : لا ؛ لأن الملك لم يزل فإن طلقت بعد الدخول فاعتدت . . فقد قيل : يدخل الاستبراء في العدة ، وهو رأي ابن أبي هريرة ، وقيل : لا يدخل ، بل يلزمه استبراؤها ، وهو الصحيح ؛ لتجدد الحل .

قال : (**قلت : ولو استبرأ أمة موطوءة**) أي : موطوءة له (**فأعتقها . . لم يجب ، ويتزوج في الحال ؛ إذ لا تشبه منكوحة والله أعلم**) كذا حكاه الرافعي عن الأئمة ، قال : ولا يأتي فيه الخلاف في المستولدة ؛ إذ تلك يثبت لها حق الحرية وفراشها أشبه بفراش النكاح .

قال : (**ويحرم تزويج أمة موطوءة ومستولدة قبل الاستبراء**) أما الموطوءة . . فلأن

وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ . . فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلاَ ٱسْتِبْرَاءٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ وَهِيَ مُزَوَّجَةٌ . . فَلاَ ٱسْتِبْرَاءَ . وَهُوَ : بِقَرْءٍ ـ وَهُوَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ فِي ٱلْجَدِيدِ ـ . . .

مقصود النكاح الوطء ، فينبغي أن يستعقب الحل ، وهـٰذا بخلاف بيعها ؛ فإنه قد يقصد للوطء وقد يقصد لغيره فلا معنىً لمنع البائع من البيع ، وعلى المشتري أن يحتاط إن قصد الوطء ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تسق بمائك زرع غيرك » رواه أبو داوود والترمذي والحاكم وابن حبان .

وأما أم الولد . . فالأصح : صحة تزويجها ، لـٰكن يحرم ذلك قبل الاستبراء أيضاً ؛ لما قلناه .

ولو اشترىٰ أمة وأراد تزويجها قبل الاستبراء ، فإن كان البائع وطئها . . لم يجز ، لـٰكن يستثنىٰ تزويجها ممن وجب الاستبراء بسبب وطئه كما إذا زوجها من البائع الواطىء .

قال : (**ولو أعتق مستولدته . . فله نكاحها بلا استبراء في الأصح**) كما يجوز أن ينكح المعتدة منه .

والثاني : لا ؛ لأن الإعتاق يقتضي الاستبراء .

قال : (**ولو أعتقها أو مات وهي مزوجة . . فلا استبراء**) ؛ لأنها ليست فراشاً له ، بل للزوج ، وقيل : يلزمه ، ونقل عن القديم ، كما لو وطئت المنكوحة بشبهة وشرعت في عدتها فطلقت . . فإن عليها العدة .

قال : (**وهو : بقرء وهو حيضة كاملة في الجديد**) ؛ لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا حائل حتىٰ تحيض حيضة » وخالف الاستبراء العدة في اعتبارها بالأطهار ؛ لأنها لقضاء حق الزوج فاختصت بزمان حقه وهو الطهر ، والاستبراء شرع لاستباحة الوطء فاختص بالحيض ليفضي إلىٰ إباحة الوطء إذا انقضىٰ .

والقديم ـ وحكىٰ عن « الإملاء » أيضاً ـ : أنه بالطهر كالعدة .

وفي وجه : أن كلاً منهما معتبر مقصود .

وَذَاتُ أَشْهُرٍ : بِشَهْرٍ ، وَفِي قَوْلٍ : بِثَلَاثَةٍ ، وَحَامِلٌ مَسْبِيَّةٌ أَوْ زَالَ عَنْهَا فِرَاشُ سَيِّدٍ : بِوَضْعِهِ ، وَإِنْ مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ . . فَقَدْ سَبَقَ أَنْ لَا ٱسْتِبْرَاءَ فِي ٱلْحَالِ .

قُلْتُ : وَيَحْصُلُ بِوَضْعِ حَمْلِ زِناً فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وشرط الحيضة : أن تكون كاملة بعد انتقال الملك كما ذكره المصنف ، فلا تكفي بقية الحيضة التي وجد السبب في أثنائها ، بخلاف ما إذا قلنا : إنه الطهر .

قال : (**وذات أشهر : بشهر**) ؛ لأنه كقرء في الحرة .

قال : (**وفي قول : بثلاثة**) ؛ لأنها أقل مدة تعرف بها براءة الرحم ، فلو لم تحض لعارض . . فكنظيره من العدة .

قال : (**وحامل مسبية أو زال عنها فراش سيد : بوضعه**) ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا حامل حتىٰ تضع » وفيها نزل قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ أي : بالسبي ، رواه مسلم .

و(زوال الفراش) بأن يعتقها السيد أو يموت عنها ، ولا فرق بين مستولدته وموطوءته .

قال : (**وإن ملكت بشراء . . فقد سبق أن لا استبراء في الحال**) وذلك عند قوله : (ولو ملك مزوجة أو معتدة . . لم يجب) وحينئذ إذا ملكها وهي حامل من زوج أو شبهة وهي في العدة أو في عصمة الزوج . . فلا استبراء في الحال ، فإذا زال النكاح أو العدة . . ففي وجوبه حينئذ قولان تقدما ، فالاستبراء إما غير واجب ، وإما مؤخر عن الوضع فلا يحصل بالوضع ، وحكى البغوي في حصوله بالوضع قولين .

قال : (**قلت : ويحصل بوضع حمل زنا في الأصح والله أعلم**) ؛ لإطلاق الحديث ، ولحصول البراءة ، بخلاف العدة ؛ فإنها مخصوصة بالتأكيد ، ولذلك اشترط فيها التكرار .

والثاني : لا يحصل كما لا تنقضي به العدة ، فإذا قلنا بهـٰذا ورأت دماً على الحمل وقلنا : إنه حيض . . كفىٰ في الأصح .

وَلَوْ مَضَىٰ زَمَنُ ٱسْتِبْرَاءٍ بَعْدَ ٱلْمِلْكِ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ . . حُسِبَ إِنْ مَلَكَ بِإِرْثٍ ، وَكَذَا شِرَاءٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، لاَ هِبَةٍ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ مَجُوسِيَّةً فَحَاضَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ . . لَمْ يَكْفِ . . . .

قال : (**ولو مضىٰ زمن استبراء بعد الملك قبل القبض . . حسب إن ملك بإرث**) ؛ لأن الملك به مقبوض حكماً وإن لم يحصل به القبض حساً ، ولهـٰذا يصح بيعه هـٰذا إذا كانت مقبوضة للميت ، فلو ابتاعها ثم مات قبل قبضها . . لم يعتد باستبرائها إلا بعد أن يقبضها الوارث كما في بيع الموروث قبل قبضه ، نبه عليه في « المطلب » ، وحكم الانتقال بالوصية بعد القبول حكم الانتقال بالإرث .

قال : (**وكذا شراء في الأصح**) ؛ لتمام الملك ولزومه .

والثاني : لا يعتد به ؛ لعدم استقرار الملك ، ولا يكتفىٰ بالحيض الواقع في زمن الخيار على الأصح ؛ لضعف الملك ، وقيل بالفرق بين الحيض ووضع الحمل .

قال : (**لا هبة**) ؛ لعدم استقرار الملك ، والمراد : إذا جرى الاستبراء بعد جريان عقد الهبة وقبل القبض . . فإنه لا يعتد به ، وكذلك حكم الغنيمة قبل القبض ؛ إذ لا يتمان إلا به .

قال : (**ولو اشترىٰ مجوسية فحاضت ثم أسلمت . . لم يكف**) ؛ لأن الاستبراء لاستباحة الاستمتاع ، وإنما يعتد بما يستعقب الحل .

والثاني : يكتفىٰ بذلك ؛ لوقوعه في الملك المستقر ، وكذلك الحكم فيما لو اشترىٰ مرتدة أو وثنية .

وقوله : (فحاضت) مثال ، والمراد : ما يحصل به الاستبراء من حيضة كاملة أو شهر أو وضع .

فرع :

اشترى العبد المأذون جارية . . فللسيد وطؤها بعد الاستبراء إن لم يكن هناك دين ، فإن كان . . فليس له ذلك ، فإذا زال الدين بقضاء أو إبراء . . لم يكف ما حصل من الاستبراء قبله في الأصح كالمجوسية ، وقد تقدم هـٰذا قبيل (باب ما يحرم من النكاح) .

وَيَحْرُمُ ٱلِاسْتِمْتَاعُ بِٱلْمُسْتَبْرَأَةِ إِلاَّ مَسْبِيَّةً . . فَيَحِلُّ غَيْرُ وَطْءٍ ، . . . .

قال : (ويحرم الاستمتاع بالمستبرأة) ؛ لاحتمال حملها من سيدها فتكون أم ولد له ، أو من وطء شبهة فتكون حاملاً بحر ، فلا يصح بيعها على التقديرين ، ولأن الاستمتاع يؤدي إلى الوطء المحرم .

وأما الخلوة بها . . فنص علىٰ جوازها الجرجاني في « الشافي »[1] ، ويجوز استخدامها وإن كانت جميلة ؛ لأن الشرع ائتمنه عليها ، وخالف المرهونة ؛ لأن الحق فيها للمرتهن فمنع سيدها من استخدامها ، وإذا طهرت من الحيض . . حل الاستمتاع بها فيما عدا الوطء ، وبقي تحريم الوطء إلى الاغتسال .

قال (إلا مسبية . . فيحل غير وطء) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحرم منها

(١) في هامش (د) : أطلق شيخنا أنه يجوز بخلاف الزوجة المعتدة بشبهة العتق، ثم استشكل الفرق بينهما، ثم أجاب بأن الأجنبي بوطء زوجته متعد عليه؛ كونه وطيء ما لا يحل له باطناً.
وأما سيد الأمة الذي باعها . . فإنه ليس بمتعدٍ؛ لأنه كان يحل له أن يطأها قبل البيع .
قال الشارح : وهـٰذا يبيح العكس؛ فإن مقتضى ما فرق به : أنه تجوز الخلوة بالموطوءة، ولا تجوز بالمستبرأة .
ثم ذكر : أن الشيخ تقي الدين السبكي اشتري له في مرض موته جارية للخدمة، فتركت عنده فقال لأولاده : من قال : إن الخلوة بالمستبرأة تجوز؟! قالوا : الأصحاب، فأمرهم بالكشف عنها، فلم يجدوها في الكتب المشهورة ، ثم إن فقهاء العصر تمسكوا بقول الجواز وعكفوا عليه .
قال الشارح : لم نجد ذلك، سألت شيخنا عنها فقال : هـٰذا الذي في ذهني عن الأصحاب، قال : ثم كشفت أنا أيضا الكتب المشهورة فلم أرها، ثم وجدتها في «الرافعي» : فيما إذا ادعى أنها حاضت فحلت فقالت : لم أحض . . فالقول قوله .
قال الرافعي في تعليل ذلك : لأن الاستبراءات من التقوى، مفوض للسيد، وليس ذلك بحال الخصومات، ولو لم يكن كذلك . . لحلنا بين السيد وبينها، كما نحول بين الزوج والمعتدة عن وطء الشبهة . اهـ
قال : هي أيضاً منقولة في «الشافي» للجرجاني، نقل فيها وجهين من غير ترجيح، وفهم بعضهم من ذلك : أن الراجح الجواز؛ لتعليله في النقل، فغلط ثم وضعها في كتابه كذلك، والذي في «الشافي» كما ذكرت، فالعجب من الشارح كيف وقع في الشرح فيما أنكره علىٰ من نقل ذلك!) .

وَقِيلَ : لاَ . وَإِذَا قَالَتْ : حِضْتُ . . صُدِّقَتْ . وَلَوْ مَنَعَتِ ٱلسَّيِّدَ فَقَالَ : أَخْبَرَتْنِي بِتَمَامِ ٱلِاسْتِبْرَاءِ . . صُدِّقَ . . . .

إلا الوطء ، والفرق بينها وبين غيرها : أن المسبية مملوكة بكل حال حائلاً كانت أو حاملاً ؛ فإن ولد الحربي لا يمنع جريان الرق ، وإنما منع الوطء خوفاً من اختلاط مائه بماء حربي .

وروى البيهقي والخرائطي في كتاب « علل القلوب » عن ابن عمر أنه قال : (وقعت في سهمي جارية من سبي جلولاء ، فنظرت إليها فإذا عنقها مثل إبريق الفضة ، فلم أتمالك أن قبلتها والناس ينظرون)[1] فلو كان حراماً . . لامتنع منه ذلك .

و(جلولاء) بفتح الجيم والمد : قرية من نواحي فارس ، والنسبة إليها جلولي علىٰ غير قياس ، فتحت يوم اليرموك سنة سبع عشرة من الهجرة فبلغت غنائمها ثمانية عشر ألف ألف .

قال : (**وقيل : لا**) كغيرها من الإماء ، وهـٰذا الذي جعله وجهاً ضعيفاً هو نص « الأم » ، وهو المعتمد المعتبر لا ما في « الرافعي » و« الروضة » كما قاله في « المهمات » ، والخلاف جار في التلذذ بالحامل من الزنا ، قاله الماوردي ، وإذا قلنا بإباحته فيهما . . فذلك فيما فوق السرة ودون الركبة ، فأما فيما بين ذلك . . فهي فيه كالحائض غير المستبرأة ، كذا قاله الإمام وهو حسن .

قال : (**وإذا قالت : حضت . . صدقت**) ؛ لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها ، ولا تحلف ؛ لأنها لو نكلت . . لما استطاع السيد أن يحلف .

قال : (**ولو منعت السيد فقال : أخبرتني بتمام الاستبراء . . صدق**) ؛ لأن الاستبراء باب من التقوىٰ مفوض إلىٰ أمانته ، ولهـٰذا لا يحال بينه وبينها بخلاف الزوجة المعتدة عن وطء الشبهة .

والثاني : أنها المصدقة للأصل ، والأصح في « الروضة » : أن لها تحليفه علىٰ ذلك ، وعليها الامتناع من التمكين إذا تحققت بقاء شيء في زمن الاستبراء وإن أبحناها له في الظاهر .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/٣) .

وَلاَ تَصِيرُ أَمَةٌ فِرَاشاً إِلاَّ بِوَطْءٍ ، فَإِذَا وَلَدَتْ لِلإِمْكَانِ مِنْ وَطْئِهِ . . لَحِقَهُ ، وَلَوْ أَقَرَّ بِوَطْءٍ وَنَفَى ٱلْوَلَدَ وَٱدَّعَى ٱسْتِبْرَاءً . . لَمْ يَلْحَقْهُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

قال : (**ولا تصير أمة فراشاً إلا بوطء**) بالإجماع ، ويدل له حديث عبد الله بن زمعة الثابت في « الصحيحين » [خ٢٠٥٣ـ م١٤٥٧] فلا تصير فراشاً بالملك ولا بالخلوة ولا يلحقه الولد بذلك ، بخلاف النكاح ؛ فإن الولد فيه يلحق بمجرد الإمكان ، لأن مقصود النكاح الولد والاستمتاع فاكتفي فيه بالإمكان ، وملك اليمين مقصوده التجارة والاستخدام ، فلا ينصرف للاستمتاع ما لم يتحقق الوطء ، ولهـٰذا : يصح أن يملك من لا تحل له كأخته .

ومجرد عقد النكاح يثبت المصاهرة ، بخلاف مجرد الملك ؛ فإنه لا يثبتها .

وشمل إطلاقه الوطء في الدبر ، وقد اضطرب فيه تصحيح المصنف كما تقدم ، فصحح هنا أنه لا يلحقه ، وفي (باب النكاح) اللحوق ، وقال الإمام : القول باللحوق ضعيف لا أصل له .

وعند أبي حنيفة لا تصير الأمة فراشاً بالوطء وإن داوم عليه سنين ، ولا يلحقه إلا إذا استلحقه ولو ادعت الأمة الوطء وأنها صارت أم ولد ، فإن كان السيد قد عرضها على البيع . . سمعت ، وإلا . . فلا على الأصح كما سيأتي .

قال : (**فإذا ولدت للإمكان من وطئه . . لحقه**) أشار بذلك إلىٰ أن معنىٰ كون الأمة فراشاً أنها إذا أتت بولد من السيد . . لحقه ، سواء استلحقه أم لا ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولد بزمعة من غير إقرار منه ولا من وارثه بالاستيلاد وقال : « الولد للفراش » .

وروىٰ مالك [٧٤٢/٢] عن عمر أنه قال : (لا تأتيني أم ولد يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها ، فأمسكوهن بعد أو أرسلوهن) فاعتبر الاعتراف بالإلمام لا بالولد ، ولم يخالفه أحد من الصحابة .

قال : (**ولو أقر بوطء ونفى الولد وادعى استبراء . . لم يلحقه على المذهب**) ؛ لأن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس رضي الله عنهم نفوا أولاد جوارٍ لهم بذلك ، هـٰذا إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من الاستبراء إلىٰ أربع سنين ، فلو ولدته لدون ستة أشهر

وَإِنْ أَنْكَرَتْ ٱلِاسْتِبْرَاءَ . . حُلِّفَ أَنَّ ٱلْوَلَدَ لَيْسَ مِنْهُ ، وَقِيلَ : يَجِبُ تَعَرُّضُهُ لِلِاسْتِبْرَاءِ . وَلَوِ ٱدَّعَتِ ٱسْتِيلَادًا فَأَنْكَرَ أَصْلَ ٱلْوَطْءِ وَهُنَاكَ وَلَدٌ . . لَمْ يُحَلَّفْ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَلَوْ قَالَ : وَطِئْتُ وَعَزَلْتُ . . لَحِقَهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

من الاستبراء . . لحقه الولد ؛ للعلم بأنها كانت حاملاً يومئذ .

قال في « الروضة » هنا : وله نفيه باللعان على الصحيح كما سبق هناك ، وهو سهو ؛ فالسابق هناك تصحيح المنع .

قال : (**وإن أنكرت الاستبراء . . حلف أن الولد ليس منه**) كما في نفي ولد الحرة ، ولا يحتاج إلى التعرض للاستبراء ، وفي وجه : أنه يصدق بلا يمين .

قال : (**وقيل : يجب تعرضه للاستبراء**) ؛ لتثبت بذلك دعواه ، وقيل : يكفي التعرض للاستبراء فقط ، ويكتفىٰ به في نفي النسب .

قال : (**ولو ادعت استيلاداً فأنكر أصل الوطء وهناك ولد . . لم يحلف على الصحيح**) والولد منتف عنه ، وإنما حلف في الصورة السابقة ؛ لأنه سبق منه الإقرار بما يقتضي ثبوت النسب وهو الوطء .

والثاني : يحلف ؛ لأنه لو اعترف . . ثبت النسب ، فإذا أنكر . . حلف .

واحترز بقوله : (وهناك ولد) عما إذا لم يكن . . فلا يحلف بلا خلاف ، قاله الرافعي .

قال ابن الرفعة : بل يحلف بلا خلاف اذا عرض على البيع ؛ لأن دعواه حينئذ تنصرف إلىٰ حريتها لا إلىٰ ولدها .

قال : (**ولو قال : وطئت وعزلت . . لحقه في الأصح**) ؛ لأن الماء سباق لا يدخل تحت الاختيار ، ولأن أحكام الوطء لا يشترط فيها الإنزال كالتحليل والتحصين .

والثاني : ينتفي عنه كدعوى الاستبراء ، فإن قال : كنت أطأ فيما دون الفرج . . فالصحيح : لا يلحقه ؛ لانتفاء الإيلاج الذي تتعلق به أحكام الوطء .

وقيل : يلحقه ؛ لإمكان سبق الماء ، والجواب : أنه بعيد عادة .

. . . .

فائدة :

اختلف العلماء في النطفة قبل تمام الأربعين هل لها حرمة علىٰ قولين حكاهما المحب الطبري في أوائل كتاب « الأحكام » ، فقيل : لا يثبت لها حكم السقط والوأد ، وقيل : لها حرمة ولا يباح إفسادها ولا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم ، بخلاف العزل ؛ فإنه قبل حصولها .

وقال الكرابيسي : سألت أبا بكر الفراتي عن رجل سقىٰ جاريته شراباً لتسقط ولدها فقال : ما دامت نطفة أو علقة . . فواسع له ذلك إن شاء الله تعالىٰ .

وهـٰذه المسألة تعم بها البلوىٰ ، ولا يخفىٰ أن المرأة قد تفعل ذلك لحمل زنا أو غير زنا ، ثم هي إما أمة فعلت ذلك بإذن مولاها الواطىء لها وهي مسألة الفراتي ، أو بإذنه وليس هو الواطىء وهي صورة لا تخفىٰ ، والنقل فيها عندنا عزيز ، وفي مذهب أبي حنيفة شهير ؛ ففي « فتاوىٰ قاضي خان » وغيره : أن ذلك يجوز ، وقد تكلم الغزالي عليها في « الإحياء » بكلام متين ، غير أنه لم يصرح بتحريمٍ ، إلا أنه ذكر مسألة العزل ثم قال : يبعد الحكم بعدم تحريمه .

وأفتى الشيخ عماد الدين بن يونس والشيخ عز الدين : بأن المرأة لا يحل لها أن تستعمل دواء لقطع الحبل ولو رضي به الزوج ، وينبغي أن يكون ذلك كالعزل ، إلا أن يقال : هـٰذا يحصل به اليأس بخلاف العزل .

تتمة :

للسيد بيع أمته من الأجذم والأبرص ؛ لأن الشراء لا يتعين للاستمتاع ، ثم هل لها الامتناع من تمكينه؟ فيه وجهان :

قال في « المهمات » : أصحهما : أنه لا يلزمها التمكين ، وفي « الشرح » و« الروضة » في هـٰذا الباب ما يؤخذ منه ذلك ، وذكر الرافعي وجهين في (كتاب النكاح) من غير ترجيح .

قال المصنف : قلت : قال المتولي : أصحهما : يلزمها التمكين ، وهـٰذا

. . . .

ما صححه الروياني في « البحر » أيضاً ، والصواب المعتمد : أن لها الامتناع كما أفتىٰ به الشيخ عماد الدين بن يونس وغيره .

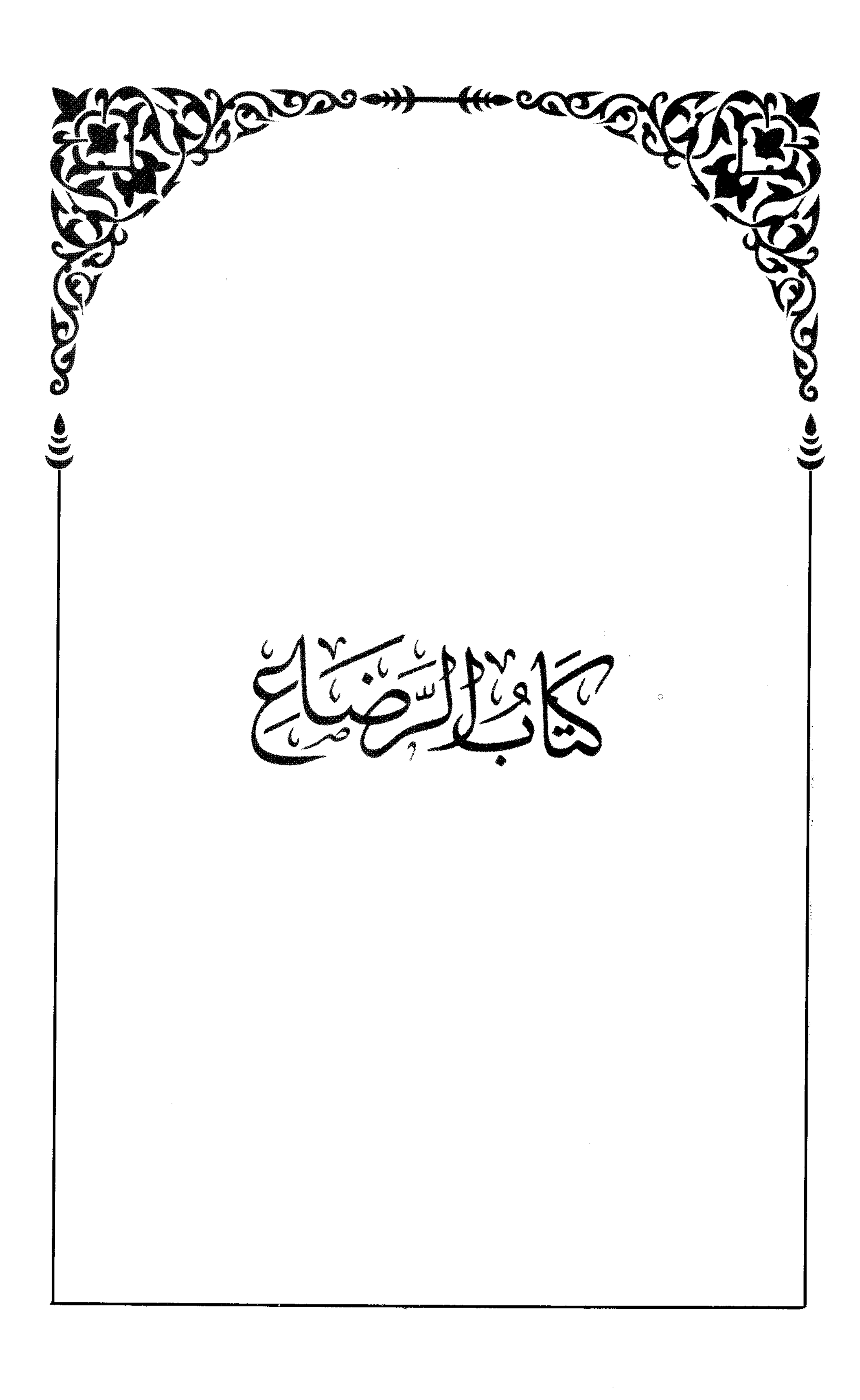
* * *

خاتمة

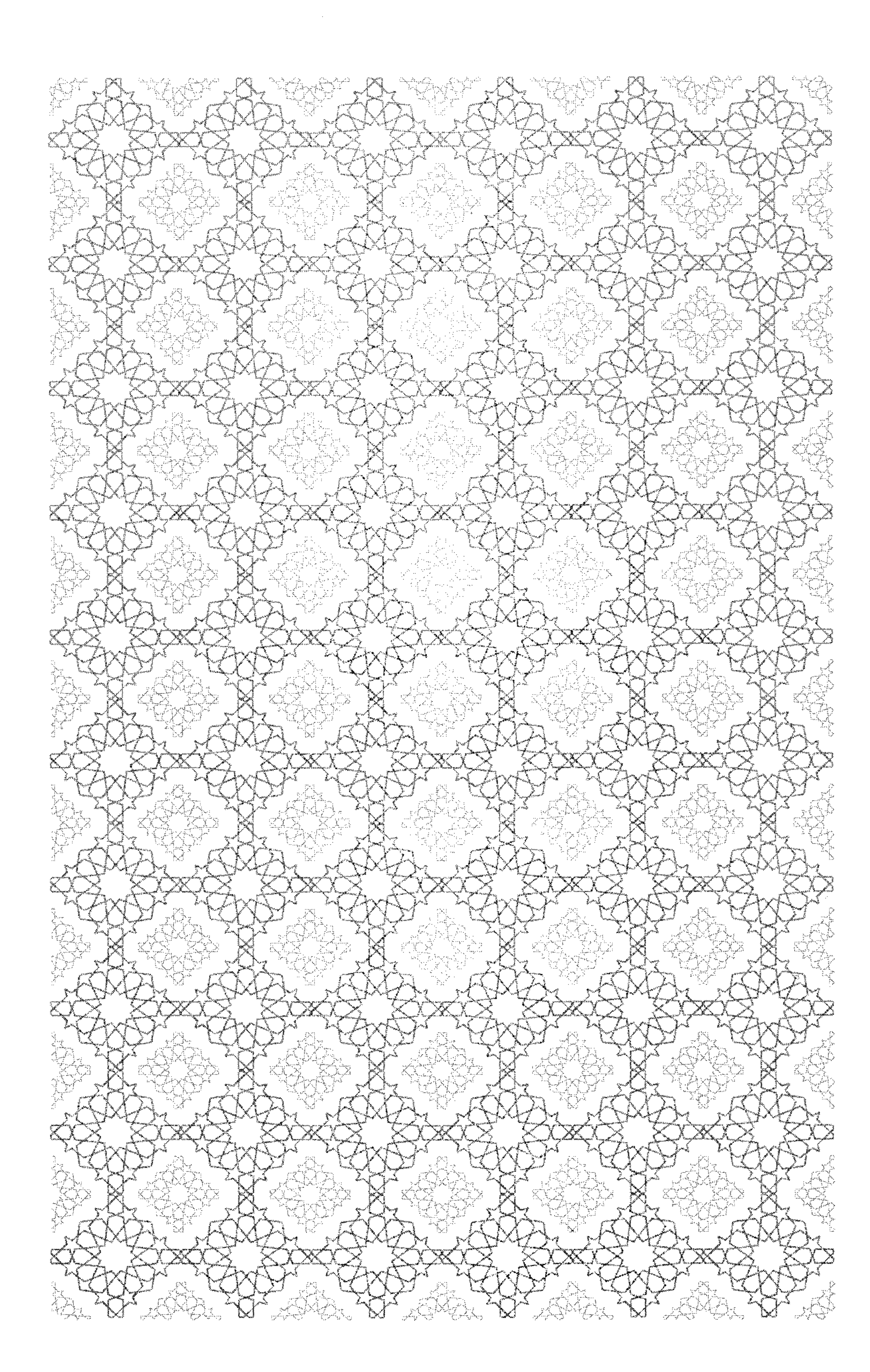
قال الشيخ أبو محمد الجويني في « التبصرة » والقفال في « الفتاوى » وغيرهما أصول الكتاب والسنة والإجماع متظافرة علىٰ تحريم وطء السراري اللاتي يجلبن اليوم من الروم والهند والترك ، إلا أن ينصب الإمام من يقسم الغنائم من غير حيف وظلم ، وعارضهم الشيخ تاج الدين الفزاري فأفتىٰ بأن الإمام لا تجب عليه قسمة الغنائم بحال ، ولا تخميسها ، وله أن يفضل ، وأن يحرم بعض الغانمين ، وزعم أن سيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتضي ذلك ، ورد عليه المصنف قوله وقال : إنه خارق للإجماع في ذلك .

هٰذا إذا أخذوه بالقهر ، فأما المسروق والمختلس . . فالمشهور أيضاً : أنه يخمس ، خلافاً للغزالي ، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ هٰذا في خاتمة (قسم الفيء والغنيمة) .

* * *



كتاب الرضاع



كِتَابُ ٱلرَّضَاعِ

إِنَّمَا يَثْبُتُ بِلَبَنِ ٱمْرَأَةٍ . . . .

كتاب الرضاع

هو بفتح الراء وكسرها : اسم لمص الثدي وشرب لبنه ، وخصه الشرع بوصول لبن المرأة إلىٰ جوف الطفل .

والكتاب ثم السنة ناطقان بتحريم الرضاع ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٦٤٥ـ م ١٤٤٥/٩] عن عائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

وأجمعت الأمة علىٰ تأثيره في النكاح ، وثبوت المحرمية ، وأظهر قولي الشافعي : أنه يؤثر في عدم نقض الوضوء ، ولا يؤثر فيما عدا ذلك كالميراث والنفقة والعتق وسقوط القصاص ورد الشهادة ونحوها .

قال : (**إنما يثبت بلبن امرأة**) فلبن البهيمة لا يتعلق به تحريم ، حتىٰ إذا شرب منه صغيران . . لا تثبت بينهما أخوة ، ولا تحرم الأنثىٰ منهما على الذكر خلافاً لعطاء ، وعلله الرافعي بأن الأخوة[1] فرع الأمومة فإذا لم تثبت الأمومة التي هي أصل . . لم تثبت الأخوة ، وما استدل به قد صرح بعكسه فيما لو كان لرجل خمس مستولدات فارتضع صبي من كل واحدة رضعة . . فالأصح : أنه يصير أباً كما سيأتي .

ولو در لرجل لبن فرضعه طفل . . لم يؤثر ؛ لأن اللبن من أثر الولادة ، وهي مختصة بالنساء ، ولأنه ليس معداً للتغذية كغيره من المائعات .

وقال الكرابيسي : يحرم ؛ لأنه إذا ثبتت أبوته بطريق التبعية . . فبالأصالة أولىٰ ،

---

(١) في هامش (ز) : (أي : أخوة الأمومة ، وبه يعرف ما اعترض به على الرافعي) .

لـٰكن نص الشافعي في « الأم » و« البويطي » علىٰ أنه يكره له ولولده نكاح من ارتضعت منه .

ولبن الخنثى المشكل لا يقتضي أنوثته على المذهب ، بل يوقف أمره ، فإن بانت أنوثته . . تعلق به الحكم ، وإلا . . فلا .

قال : (**حية**) فلو ارتضع طفل من ميتة أو حلب لبنها وأوجر الصبي . . لم يرتب عليه حكم وإن كان طاهراً على المذهب ، كما لا تثبت حرمة المصاهرة بوطء الميتة .

وخالف في هـٰذه المسألة الأئمة الثلاثة والأوزاعي ومنصور التميمي ، مستدلين بقول عمر : (اللبن لا يموت)[1] وحمله الشافعي علىٰ ما إذا حلب منها في حياتها ثم سقي الصبي . . فإنه يحرم كالرضاع من الثدي ، ولا يبطل عمله بمفارقته كما سيأتي .

واحتج الأصحاب بأن اللبن ضعفت حرمته بموت الأصل ، ألا ترىٰ أن حرمة الأعضاء تسقط بالموت ، حتىٰ لا يجب القصاص بقطعها ، وبأنه لو وصل اللبن إلىٰ جوف الصبي الميت . . لم تثبت الحرمة ، فكذلك إذا انفصل من ميتة قياساً لأحد الطرفين على الآخر .

قال : (**بلغت تسع سنين**) فاللبن الحاصل قبل ذلك لا يؤثر في التحريم ، كما أنها إذا رأت دماً قبل تسع . . لا يكون حيضاً .

وإن كانت بنت تسع . . حرم وإن لم يحكم ببلوغها ؛ لأن احتمال البلوغ قائم ، والرضاع كالنسب فيكفي فيه الاحتمال ، وسواء كانت الصغيرة مزوجة أم بكراً أم بخلافهما .

وقيل : لا يحرم لبن البكر ؛ لأن ولد الرضاع تابع لولد النسب ولا ولد لها ، وكذلك الثيب التي لا زوج لها ولا ولد ولا حمل ، وحكىٰ صاحب « التنبيه » قولاً فيما إذا لم يكن لها حمل : أنه لا يثبت حكم الرضاع وغلطه الأكثرون فيه .

والمعتبر في السنين القمريةُ لا الشمسية ، والأصح في « الشرح الصغير » : أن ذلك تقريب كسن الحيض ، فما تقدم فيه يأتي هنا .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨٧٨٤) عن أبي العالية .

وَلَوْ حَلَبَتْ وَأُوجِرَ بَعْدَ مَوْتِهَا . . حَرَّمَ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ جُبِّنَ أَوْ نُزِعَ مِنْهُ زُبْدٌ . . حَرَّمَ . وَلَوْ خُلِطَ بِمَائِعٍ . . حَرَّمَ إِنْ غَلَبَ ، وَإِنْ غُلِبَ وَشَرِبَ ٱلْكُلَّ ـ قِيلَ : أَوِ ٱلْبَعْضَ ـ حَرَّمَ فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

قال : (**ولو حلبت وأوجر بعد موتها . . حرم في الأصح**) ؛ لأنه انفصل منها وهو حلال محرم .

والثاني : لا ؛ لبعد إثبات الأمومة بعد الموت .

و(الإيجار) : صب اللبن في الحلق .

قال : (**ولو جبن أو نزع منه زبد . . حرم**) لوصول عين اللبن إلى الجوف ، وقال صلى الله عليه وسلم : « الرضاعة من المجاعة »[1] وهٰذا أبلغ في دفع المجاعة ؛ لأنه تحصل به التغذية ، فلو حمض أو انعقد أو أغلي أو صار مخيضاً أو أقطاً . . حرم ، وكذا لو عجن به دقيق أو ثرد به طعام على الصحيح .

وقال أبو حنيفة : لا تثبت الحرمة بالجبن ونحوه .

وقوله : (ولو نزع منه زبد) يحتمل أن يريد اللبن المنزوع زبده ، ويحتمل أن يريد الزبد نفسه ، وكل منهما محرم .

قال : (**ولو خلط بمائع . . حرم إن غلب**) سواء كان المائع حلالاً أو حراماً ؛ لأن المغلوب كالمعدوم بدليل النجاسة المستهلكة في الماء الكثير ، وسواء شرب الجميع أو البعض .

والمراد بغلبته : ظهور إحدىٰ صفاته ، إما اللون أو الطعم أو الرائحة ، وقيل : بأن لا يخرج عن التغذية ، وقطع الجمهور بالأول .

فلو لم يظهر شيء قدر مخالفاً في لون قوي ، كذا استنبطه الحليمي ، وعرضه على القفال الشاشي وابنه القاسم صاحب « التقريب » فارتضاه ، ثم وجده لابن سريج .

قال : (**وإن غُلِب**) أي : بضم الغين وكسر اللام (**وشرب الكل ـ قيل : أو البعض ـ حرم في الأظهر**) ؛ لأنه وصل إلىٰ جوفه عين اللبن ، وذلك هو المعتبر في

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٤٧) ، ومسلم (١٤٥٥) .

التأثير ، ووجه عدم التحريم في الأولىٰ : القياس على النجاسة المستهلكة في الماء الكثير ، ووجه عدم التحريم في الثانية ـ وهو ما إذا شرب البعض ـ : أنا لم نتحقق وصول جميع اللبن ، ووجه مقابله : أن المائع إذا خالط الماء . . فما من جزء يوجد إلا وفيه شيء من هـٰذا وشيء من هـٰذا .

وهـٰذا الخلاف فيما إذا لم نتحقق وصول اللبن ، مثل أن وقعت قطرة في جب ماء وشرب بعضه ، فإن تحققنا انتشاره في الخليط وحصول بعضه في المشروب أو كان الباقي من المخلوط أقل من قدر اللبن . . ثبت التحريم قطعاً ، والأصح : أنه يشترط كون اللبن قدراً يمكن أن يسقىٰ منه خمس دفعات لو انفرد عن الخليط .

وتقييد المصنف بـ(المائع) لا حاجة إليه ؛ فإن الخلط بالجامد كالدقيق كذلك لاشتراكهما في التغذية ، ولم يذكر الحكم فيما إذا تساويا ؛ لأنه يؤخذ من الثانية من باب أولىٰ .

قال : (**ويحرم إيجار**) وهو صب اللبن في الحلق ؛ لحصول التغذية به كالارتضاع ، وظاهر عبارة المصنف : حصول التحريم بمجاوزة الحلق وإن لم يصل إلى المعدة كما يفطر بمثله الصائم ، وهو مقتضىٰ كلام المتولي وغيره ، لـٰكن اعتبر في « المحرر » وصوله إلى المعدة ، وعليه جرىٰ في « الشرح » و« الروضة » .

قال : (**وكذا إسعاط على المذهب**) وهو صبه في الأنف ؛ لأن الدماغ جوف للتغذي كالمعدة ، ولأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فأشبه الحلق ، ويقابل المذهب القولان في الحقنة ، وعلى المذهب : لو ارتضع الصبي مرة وأوجر مرتين وأسعط مرتين . . ثبت التحريم .

ولو شرب وتقيأ في الحال حصل التحريم على الصحيح ، وقيل : لا يحصل .

وقيل : إن تقيأ وقد تغير اللبن . . يثبت التحريم ، وإلا . . فلا .

قال : (**لا حقنة في الأظهر**) ؛ لأنها لإسهال ما انعقد في الأمعاء ، ولا يحصل بها التغذي ، وبهـٰذا قال الأئمة الثلاثة .

والثاني : يحرم كما يفطر بها الصائم ، واختاره المزني .

والصب في الإحليل إن وصل إلى المثانة . . كالحقنة ، وإلا فإن قلنا : يفطر به . . فكذلك ، وإلا . . فلا .

ولو كان في بطنه جرح فصب اللبن فيه إلى الجوف . . لم يحرم في الأصح ، وصبه في العين لا أثر له قطعاً ، وفي الأذن الأشهر أنه كالحقنة ، وقال الروياني : يحرم قطعاً ، وقال البغوي : لا يحرم قطعاً .

قال : (**وشرطه : رضيع حي**) فلا أثر للوصول معدة الميت بالاتفاق ، وكان الأولىٰ للمصنف أن يقول : وحياة رضيع ؛ لأن الرضيع ركن لا شرط .

قال : (**لم يبلغ سنتين**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ .

وروى البيهقي [٧/ ٤٦٢] والدارقطني [٤/ ١٧٤] : « لا رضاع إلا ما كان في حولين » لـٰكن الأصح وقفه على ابن عباس .

وحسن الترمذي [١١٥٢] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الحولين » .

ولم يخالف في هـٰذا إلا عائشة ؛ فإنها تلحق ما بعد الحولين بما قبلهما لما روى الشيخان [خ ٥٠٨٨ـ م ١٤٥٣] : أن سهلة بنت سهيل بن عمرو قالت : يا رسول الله ؛ إنا كنا نرىٰ سالماً ولداً ، وقد نزل في التبني والحجاب ما قد علمت ، فماذا تأمرني فقال : « أرضعيه خمس رضعات . . يحرم بهن عليك » ، ففعلت فكانت تراه ابناً .

والجواب : أنه مخصوص بسالم كما قالته أم سلمة وسائر زوجات النبي صلى الله عليه وسلم ، وهن بالخاص والعام والناسخ والمنسوخ أعلم .

والمراد : سنتين بالأهلة كما قاله في « المحرر » ، فإن انكسر الشهر الأول . . كمل بالعدد ثلاثين من الخامس والعشرين على الصحيح .

وفي « شرح المهذب » و« رؤوس المسائل » : أن ذلك تحديد قطعاً .

وعند أبي حنيفة : مدة الرضاع ثلاثون شهراً ، وعن مالك قولان كالمذهبين .

وابتداء الحولين من تمام الانفصال ، وعبارته تفهم أنه لو تم الحولان في انتهاء

الرضعة الخامسة.. لا تحريم، وهو المنصوص في «الأم» وغيرها، وصحح الشيخان خلافه.

قال: (وخمس رضعات)؛ لما روىٰ مسلم [١٤٥٢] عن عائشة قالت: (كان فيما أنزل الله: «عشر رضعات محرمات» فنسخن بـ«خمس معلومات» فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن) أي: يتلىٰ حكمهن أو العمل بهن، وهـٰذا يدل علىٰ قرب النسخ، حتىٰ إن من لم يبلغه النسخ كان يقرؤها.

وأورد في «شرح مسلم»: أن هـٰذا لا حجة فيه؛ لأن القرآن لا يثبت بخبر الواحد، ولم يجب عنه، وأجاب عنه إلكيا الطبري بأن القرآن وإن لم يثبت بخبر الواحد لـٰكن يثبت حكمه والعمل به، والأحسن الاستدلال بحديث سالم؛ فإن فيه تخصيص الرضعات بخمس، وهو محل ضرورة، فلو حصل ما دونه.. لذكره.

وفي «صحيح مسلم» [١٤٥٠] عنها رضي الله عنها: «لا تحرم المصة ولا المصتان».

وفي وجه: إثبات التحريم برضعة كمذهب أبي حنيفة ومالك رضي الله عنهما.

وفي ثالث ـ اختاره ابن المنذر وجماعة ـ: بثلاث كمذهب أبي ثور.

وعن أحمد روايتان كالمذهبين، فلو حكم قاض بالتحريم بأقل من خمس رضعات.. لم ينقض حكمه، خلافاً للإصطخري.

وقوله: (خمس رضعات) مراده: وما في حكمهن من الجبن والزبد وغيرهما مما يتخذ منه.

والحكمة في كون التحريم بخمس: أن الحواس خمس وهي أسباب الإدراك، فلم يحصل له علم باطن بغيرها، والرضاع أمر يظهر تأثيره في الباطن من إنشار العظم وإنبات اللحم، فكانت الخمس حينئذ مؤثرة في ذلك.

فإن قيل: من قاعدة الشافعي الأخذ بأقل ما قيل.. فلم أخذ هنا بالأكثر؟ فالجواب: أنه إنما يأخذ بالأقل إذا لم يجد دليلاً سواه، وهنا السنة نصت على الخمس فلم يعدل عنها[1].

(١) في هامش (م): (بلغ مقابلة بأصله. كتبه مؤلفه).

وَضَبْطُهُنَّ بِٱلْعُرْفِ ؛ فَلَوْ قَطَعَ إِعْرَاضاً . . تَعَدَّدَ ، أَوْ لِلَهْوٍ وَعَادَ فِي ٱلْحَالِ أَوْ تَحَوَّلَ مِنْ ثَدْيٍ إِلَىٰ ثَدْيٍ . . فَلاَ . فَلَوْ حُلِبَ مِنْهَا دَفْعَةً وَأُوجِرَهُ خَمْساً أَوْ عَكْسُهُ . . فَرَضْعَةٌ ، وَفِي قَوْلٍ : خَمْسٌ . . . .

قال : (**وضبطهن بالعرف**) فما عده أهله رضعة واحدة فواحدة ، وما قضوا فيه بالتعدد فهو متعدد ؛ لأنه ليس في الشرع ولا في اللغة ما يدل علىٰ ضبطه ، فرجعنا فيه إلى العرف كالحرز في السرقة والقبض في المبيع .

قال : (**فلو قطع إعراضاً . . تعدد**) وإن لم يصل إلى الجوف منه إلا قطرة ؛ لأن العرف يقضي بذلك ، وكذا لو قطعت المرضعة ثم عاد إلى الإرضاع في الأصح .

ولو قامت لشغل خفيف ثم عادت . . اتحد جزماً .

قال : (**أو للهو وعاد في الحال أو تحول من ثدي إلىٰ ثدي . . فلا**) ؛ لقضاء العرف بذلك ، كما لو تحدث الآكل وتنفس . . لا يخرجه ذلك عن كون ذلك أكلة واحدة .

وقيد في « الروضة » مسألة اللهو ببقاء الثدي في فيه ، وهو يوهم اشتراطه ، وليس كذلك ؛ فالمنصوص في « المختصر » أن ذلك لا يشترط ، وكذا لو قطع للتنفس أو الازدراد أو نام نومة خفيفة ، فلو طال نومه ثم انتبه وارتضع . . فرضعة إن كان الثدي في فيه ، وإلا . . فثنتان .

وقوله : (من ثدي إلىٰ ثدي) المراد : في المرضعة الواحدة ، فلو تحول من ثدي امرأة إلىٰ ثدي أخرىٰ في الحال . . فالأصح : التعدد .

و(الثدي) يذكر ويؤنث ، والتذكير أكثر ، ويكون للرجل والمرأة ، وأكثر استعماله لها ، ومنهم من خصه بها .

قال : (**فلو حلب منها دفعة وأوجره خمساً أو عكسه . . فرضعة**) اعتباراً في الأولىٰ بحالة الانفصال من الثدي ، وفي الثانية بحالة وصوله إلىٰ جوفه دفعة واحدة .

قال : (**وفي قول : خمس**) أما الأولىٰ . . فتنزيلاً للإناء المنتقل منه منزلة الثدي ، وأما في الثانية . . فنظراً إلىٰ حال الانفصال من الثدي ، وكذلك لو حلب خمس نسوة في إناء واحد وأوجره الصبي دفعة . . حسب من كل واحدة رضعة ، أو في خمس دفعات . . حسب من كل واحدة رضعة في الأصح ، وقيل : خمس .

وَلَوْ شَكَّ : هَلْ خَمْساً أَوْ أَقَلَّ ، أَوْ هَلْ رَضَعَ فِي ٱلْحَوْلَيْنِ أَوْ بَعْدَهُ ؟ فَلاَ تَحْرِيمَ ، وَفِي ٱلثَّانِيَةِ قَوْلٌ أَوْ وَجْهٌ . وَتَصِيرُ ٱلْمُرْضِعَةُ أُمَّهُ ، وَٱلَّذِي مِنْهُ ٱللَّبَنُ أَبَاهُ ، وَتَسْرِي ٱلْحُرْمَةُ إِلَىٰ أَوْلاَدِهِ . . . .

قال : (**ولو شك : هل**) رضع (**خمساً أو أقل ، أو هل رضع في الحولين أو بعده؟ فلا تحريم**) ؛ إذ الأصل عدمه .

قال : (**وفي الثانية قول أو وجه**) ؛ لأن الأصل بقاء الحولين .

وأشار في « المطلب » إلىٰ أنه ينبغي أن يثبت التحريم دون المحرمية ؛ فإن الأصل في الأبضاع التحريم ، والأصل عدم المحرمية وهو حسن .

والراجح في « الشرح الصغير » : أن الخلاف قول .

قال : (**وتصير المرضعة أمه**) ، لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ فنص علىٰ هاتين لا لاختصاص الحكم بهما ، بل للتنبيه بهما علىٰ ما في معناهما ؛ لأن النسب مشتمل علىٰ قطب وجوانب ، فنبه بالأم علىٰ قطب النسب ، وبالأخوات على الجوانب ؛ لأنهن أصل الجوانب لكونهن أول فصل .

قال : (**والذي منه اللبن أباه ، وتسري الحرمة إلىٰ أولاده**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

وفي « الصحيحين » [خ٤٧٩٦ـ م١٤٤٥/٥] عن عائشة : أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعدما أنزل الحجاب فقالت : والله لا آذن له حتىٰ أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني وإنما أرضعتني امرأته[١] ، فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال : « ائذني فإنه عمك تربت يمينك » قال عروة : فبذلك كانت عائشة تقول : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) .

واختار ابن بنت الشافعي أن الحرمة لا تسري إلى الفحل ، وسيأتي له شاهد في (كتاب الأطعمة) عند قول المصنف : (وكذا ما تولد من مأكول وغيره) .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : أبي القعيس) .

وَلَوْ كَانَ لَهُ خَمْسُ مُسْتَوْلَدَاتٍ أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَأُمُّ وَلَدٍ فَرَضَعَ طِفْلٌ مِنْ كُلٍّ رَضْعَةً . . صَارَ ٱبْنَهُ فِي ٱلْأَصَحِّ ، فَيَحْرُمْنَ لِأَنَّهُنَّ مَوْطُوآتُ أَبِيهِ . وَلَوْ كَانَ بَدَلَ ٱلْمُسْتَوْلَدَاتِ بَنَاتٌ أَو أَخَوَاتٌ . . فَلاَ حُرْمَةَ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَآبَاءُ ٱلْمُرْضِعَةِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ أَجْدَادٌ لِلرَّضِيعِ ، . . . .

قال : (**ولو كان له خمس مستولدات أو أربع نسوة وأم ولد فرضع طفل**) منها (**من كل رضعة . . صار ابنه في الأصح**) ؛ لأن لبن الجميع منه ، ويجوز أن تثبت الأمومة دون الأبوة فيما إذا أرضعت ثلاث رضعات بلبن رجل ثم تزوجها غيره وأرضعته بلبن الثاني رضعتين . . فإن الحرمة تثبت بينها وبين الرضيع ، ولا تثبت بينه وبين الرجلين .

والثاني ـ وبه قال الأنماطي وابن سريج ـ : لا يصير ؛ لأن الأبوة تابعة للأمومة ولم تحصل ، كذا علله الرافعي كما تقدم عنه في تعليل لبن البهيمة .

وصورة الأربع نسوة : أن يكنّ مدخولاً بهن ، فإن لم يدخل بهن أو ببعضهن . . لم يحرم من واحدة كما قاله في « التلخيص » كالربيبة ، وهـٰذا مفهوم من ذكر الإرضاع .

قال : (**فيحرمن لأنهن موطوآت أبيه**) لا لكونهن أمهات له ، فلسن أمهاته قطعاً .

ولو كان تحته طفلة فأرضعتها كل مستولدة له رضعة . . انفسخ نكاحها في الأصح ، ولا غرم ؛ لأنه لا يثبت له دين علىٰ إمائه .

قال : (**ولو كان بدل المستولدات بنات أو أخوات . . فلا حرمة في الأصح**) ؛ لأنه لو ثبت التحريم . . لكان الرجل جداً لأم في صورة البنات ، وخالاً في إرضاع الأخوات ، وتصير المرأة جدة لأم البنات وخالة في صورة الأخوات ، والجدودة والخؤولة لا تثبتان إلا بتوسط الأمومة .

والثاني : تثبت الحرمة كما في المستولدات .

وتتصور الأمومة دون الأبوة في صور كثيرة : منها : أن يدر للبكر لبن ، أو لثيب لا عن فحل ، أو عن زنا ونحو ذلك ، وتتصور الأبوة دون الأمومة في صور المستولدات ونظائرها .

قال : (**وآباء المرضعة من نسب أو رضاع أجداد للرضيع**) فلو كانت أنثىٰ . . حرم عليهم نكاحها كالنسب .

وَأُمَّهَاتُهَا جَدَّاتُهُ ، وَأَوْلاَدُهَا مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ إِخْوَتُهُ وَأَخَوَاتُهُ ، وَإِخْوَتُهَا وَأَخَوَاتُهَا أَخْوَالُهُ وَخَالاَتُهُ ، وَأَبُو ذِي ٱللَّبَنِ جَدُّهُ ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ وَكَذَا ٱلْبَاقِي .
وَٱللَّبَنُ لِمَنْ نُسِبَ إِلَيْهِ وَلَدٌ نَزَلَ بِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ . . . .

قال : (**وأمهاتها جداته**) حتىٰ إذا ارتضع ذكر . . حرم عليه نكاحهن .

قال : (**وأولادها من نسب ورضاع إخوته وأخواته**) فأولادهم أولاد إخوة وأولاد أخوات فتثبت الحرمة ، بخلاف أولاد إخوة المرضع وأخواتها ؛ فإنهم أولاد أخواله وخالاته ، ولا تسري الحرمة إلىٰ آباء الرضيع وأمهاته وإخوته وأخواته ، فلأبيه أن ينكح المرضعة وأن ينكح بنتها .

قال : (**وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته ، وأبو ذي اللبن جده وأخوه عمه ، وكذا الباقي**) فأمه جدته وأولاده إخوته وأخواته وأخته عمته ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في ابنة حمزة : « إنها لا تحل لي ، إنها لابنة أخي من الرضاعة ، أرضعتني وأباها ثويبة »[1] فجعل نفسه عماً لها .

فإن قيل : ما فائدة ذكر هـٰذا مع قوله أولاً : إنها تصير أمه والفحل أباه؟ فالجواب : أن الرضاع حكم شرعي فلا يلزم من ذلك هـٰذا ، ولأنه بصدد بيان من ينتشر التحريم إليه ، لـٰكن لا تثبت الحرمة بين الرضيع وبين أولاد إخوة المرضعة وأخواتها ؛ فإنهم أولاد أخواله وخالاته ، ولا تنتشر الحرمة إلىٰ آباء الرضيع وأمهاته وإخوته وأخواته ، فلأبيه أن ينكح المرضعة وأن ينكح بنتها .

قال : (**واللبن لمن نسب إليه ولد نزل به بنكاح أو وطء شبهة**) ؛ إلحاقاً للرضاع بالنسب ، وفي قول : إن وطء الشبهة لا يحرم على الفحل ؛ إذ لا ضرورة إليه ، بخلاف النسب والعدة ، والمذهب : عدم الفرق .

---

(١) هـٰذا الحديث مركب من حديثين : الأول في ابنة حمزة وليس فيه : « أرضعتني وأباها ثويبة » والحديث أخرجه البخاري (٤٢٥١) ومسلم (١٤٤٦) واللفظ له ، والحديث الثاني في بنت أبي سلمة أخرجه البخاري (٥١٠١) ومسلم (١٤٤٩) ، والله أعلم .

لاَ زِناً ، وَلَوْ نَفَاهُ بِلِعَانٍ . . ٱنْتَفَى ٱللَّبَنُ . وَلَوْ وُطِئَتْ مَنْكُوحَةٌ بِشُبْهَةٍ ، أَوْ وَطِىءَ ٱثْنَانِ بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ . . فَٱللَّبَنُ لِمَنْ لَحِقَهُ ٱلْوَلَدُ بِقَائِفٍ أَوْ غَيْرِهِ . . . .

تنبيهان :

أحدهما : شرط ابن القاص أن يكون الأب أقر بالدخول في النكاح ، فإن لم يقر به ولحقه بمجرد الإمكان . . لم تثبت الحرمة بين الرضيع وأبي الولد ، وجعل هـٰذا مما يخالف فيه ولد النسب ولد الرضاع .

الثاني : قوله : (بنكاح) قد يفهم أن الولد الحاصل من الوطء بملك اليمين لا تثبت به الأبوة ، وليس كذلك ، بل هو مثله بالاتفاق .

ووهم الجيلي في حكايته وجهاً فيه ، والمصنف استغنىٰ عنه بما ذكره فيه قبل من أن المستولدة كالزوجة .

قال : (**لا زنا**) ؛ لعدم احترامه ، فلا يحرم على الزاني أن ينكح الصغيرة التي ارتضعت من ذلك اللبن ، لـٰكنه يكره .

قال الرافعي والمصنف : وقد تقدم في (النكاح) وجه : أنه لا يجوز للزاني نكاح ابنته من الزنا ، فيشبه أن يأتي هنا ، وكأنهما لم يقفا علىٰ نقله ، وهو مصرح به في « النهاية » و« البسيط » .

قال : (**ولو نفاه بلعان . . انتفى اللبن**) كما ينتفي بنفي الولد النسب ، ولو استلحق المولود بعد ذلك . . ثبتت حرمة الرضاع أيضاً ، كما لو نفاه بعد الرضاع ، فإن حرمة الرضاع تنتفي تبعاً .

قال : (**ولو وطئت منكوحة بشبهة أو وطیء اثنان بشبهة فولدت . . فاللبن لمن لحقه الولد بقائف أو غيره**) ؛ لأن اللبن تابع للولد ، فإن لم يكن قائف أو نفاه عنهما أو أشكل عليه . . توقفنا إلىٰ أن يبلغ الولد فينتسب إلىٰ أحدهما ، فإن بلغ مجنوناً . . صبرنا إلىٰ أن يفيق فينتسب ، فإذا انتسب تبعه الرضيع ، فإن مات قبل الانتساب وكان له ولد . . قام مقامه فيه ، فإن كان له أولاد فانتسب بعضهم إلىٰ هـٰذا وبعضهم إلىٰ هـٰذا . . دام الإشكال ، وإنما اعتبرنا انتسابه لأن الرضاع يؤثر في الطباع والأخلاق ، وقد يميل

وَلاَ تَنْقَطِعُ نِسْبَةُ ٱللَّبَنِ عَنْ زَوْجٍ مَاتَ أَوْ طَلَّقَ وَإِنْ طَالَتِ ٱلْمُدَّةُ أَوِ ٱنْقَطَعَ وَعَادَ ، فَإِنْ نَكَحَتْ آخَرَ وَوَلَدَتْ مِنْهُ . . فَٱللَّبَنُ بَعْدَ ٱلْوِلاَدَةِ لَهُ ، وَقَبْلَهَا لِلأَوَّلِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ ظُهُورِ لَبَنِ حَمْلِ ٱلثَّانِي ، . . . .

الإنسان إلىٰ من ارتضع من لبنه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أنا سيد ولد آدم وأفصح من نطق بالضاد ، بيد أني من قريش ، واسترضعت في بني سعد »[1] فافتخر صلى الله عليه وسلم بالرضاع كما افتخر بالنسب .

وإذا قلنا بالانتساب هل يجبر عليه؟ فيه وجهان أو قولان : أصحهما : لا ؛ لأن الذي يترتب على الرضاع أسهل مما يترتب على النسب ، فإن أراد أن يتزوج ابنة أحدهما . . حرم على الأصح كما لو اختلطت أخته بأجنبية .

وقيل : يحل له أن يتزوج بنت من شاء منهما ؛ لأن الأصل الحل في كل منهما ، فكانا كما لو اشتبه إناء طاهر بنجس ، فإن تزوج بنت أحدهما . . حرمت عليه بنت الآخر ، وقيل : يحل له أن يتزوج بنت كل منهما على الانفراد ولا يجمع .

قال : (**ولا تنقطع نسبة اللبن عن زوج مات أو طلق وإن طالت المدة**) ؛ لعموم الأدلة ، فلو كان له ولد . . قام مقامه في الانتساب كما تقدم .

قال : (**أو انقطع وعاد**) ؛ لأنه لم يحدث ما يحال اللبن عليه فاستمرت نسبته إليه .

وقيل : إن انقطع وعاد بعد أربع سنين من وقت الطلاق . . لم يكن منسوباً إليه ، كما لو أتت بولد بعد هـٰذه المدة . . لا يلحقه .

قال : (**فإن نكحت آخر وولدت منه . . فاللبن بعد الولادة له**) كالولد ، وقال أحمد : لهما جميعاً .

قال : (**وقبلها للأول إن لم يدخل وقت ظهور لبن حمل الثاني**) سواء زاد علىٰ ما كان أم لا .

ويقال : أول مدة يحدث فيها اللبن للحمل أربعون يوماً ، وقال الماوردي : أربعة أشهر ، والمنصوص : أنه يرجع فيه إلى القوابل .

---

(١) أخرجه الطبراني في « الكبير » (٦/ ٣٥) ، وانظر « تلخيص الحبير » (٤/ ٦) ، و« كشف الخفاء » (١/ ٢٣٢) .

وَكَذَا إِنْ دَخَلَ ، وَفِي قَوْلٍ : لِلثَّانِي ، وَفِي قَوْلٍ : لَهُمَا .

فَصْلٌ :

تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ أُخْتُهُ أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى . . ٱنْفَسَخَ نِكَاحُهُ ،

قال : (**وكذا إن دخل**) أي : وقت ظهور لبن الحمل الثاني ؛ لأن اللبن تبع للولد ، وهو غذاؤه لا غذاء الحمل ، فيتبع الولد المنفصل دون الحمل .

قال : (**وفي قول : للثاني**) ؛ لقرب وقت الولادة بسبب ظهور اللبن ، فأشبه النازل بعد الولادة .

قال : (**وفي قول : لهما**) ؛ لتقابل المعنيين ، فإذا فرعنا علىٰ هـٰذا . . فهل يحتاج إلىٰ عشر رضعات أو يكفي خمس؟

قال الداركي : يحتمل وجهين ، وأطلق المصنف الخلاف ، ومحله إذا انقطع مدة طويلة ثم عاد ، أما إذا انقطع قليلاً ثم عاد . . فثلاثة أقوال أيضاً : أصحها : للأول ، والثاني : لهما ، والثالث : إن زاد اللبن . . فلهما ، وإلا . . فللأول .

وحاصله : أن القول الثاني في الكتاب محله في الحالة الأولىٰ ، وفي الحالة الثانية يأتي بدله التفصيل بين أن يزيد أم لا .

تتمة :

حبلت امرأة من الزنا وهي ذات لبن من زوج . . فحيث قلنا هناك : اللبن للأول أو لهما . . فهو للزوج ، وحيث قلنا : هو للثاني . . فلا أب للرضيع .

ولو نكحت امرأة لا لبن لها فحملت ونزل لها لبن . . قال المتولي : في ثبوت الحرمة بين الرضيع والزوج وجهان بناء على الخلاف ، إن جعلنا اللبن للأول . . لم نجعل الحمل مؤثراً ، ولا تثبت الحرمة حتىٰ ينفصل الولد ، وإن جعلناه للثاني أو لهما . . ثبت .

قال : (**فصل :**

تحته صغيرة فأرضعتها أمه أو أخته أو زوجة أخرىٰ . . انفسخ نكاحه) ؛ لأنها صارت أختاً أو بنت أخت أو ربيبة ، فيحرمن مؤبداً ؛ لأن ما يوجب الحرمة كما يمنع

وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ مَهْرِهَا ، وَلَهُ عَلَى ٱلْمُرْضِعَةِ نِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ : كُلُّهُ .

ابتداء النكاح . . يمنع الاستدامة ، وإذا ثبت التحريم . . انقطع النكاح .

قال : (**وللصغيرة نصف مهرها**) أي : على الزوج ؛ لأنه فراق قبل الدخول ، وأشار بإضافة المهر إليها إلىٰ أنه نصف المسمى الصحيح ، أو نصف مهر المثل إن كان فاسداً .

هـٰذا إذا لم يكن الانفساخ من جهة الصغيرة ، فإن كان بأن دبت فرضعت من نائمة . . فإنه لا شيء لها كما سيأتي .

قال : (**وله على المرضعة نصف مهر مثل**) ؛ لأنه لم يغرم غيره ، هـٰذا هو المنصوص هنا ، ونص في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا علىٰ أنه يلزمهم جميع المهر فقيل : قولان فيهما ، والمذهب تقريرهما ؛ لأن فرقة الرضاع حقيقة فلا توجب إلا النصف ، وفي الشهادة النكاح باق بزعم الرجل ، والشاهدان حالا بينه وبين البضع فيغرمان قيمته كالغاصب يحول بين المالك والمغصوب .

قال : (**وفي قول**) أي : مخرج (**كله**) ؛ لأن قيمة البضع مهر المثل ، وإتلاف الشيء المتقوم يوجب قيمته .

وقال الماوردي : إنما يرجع الزوج بالغرم إذا لم يأذن في الإرضاع ، فإن أذن . . فلا غرم .

ولم يتعرض المصنف لمهر الكبيرة ، وحكمه : إن كانت مدخولاً بها . . فلها المهر ، وإلا . . فلا .

وشمل إطلاقه ما إذا تعين عليها الرضاع بأن لا يكون ثم غيرها ، والمذهب : أنه كما لو لم يتعين . . فيأتي فيه ما سبق ، وفي وجه : لا غرم عليها .

فروع :

كانت الصغيرة مفوضة فأرضعتها أم الزوج . . فلها على الزوج المتعة ، ويرجع الزوج علىٰ أمه بها .

وصورة ذلك : أن تكون الصغيرة أمة فيزوجها السيد بلا مهر ؛ لأن ذلك لا يتصور في الحرة .

ولو حلب أجنبي لبن أم الزوج أو كان محلوباً فأخذه وأوجره الصغيرة . . فالغرم على الأجنبي .

ولو أرضعت مكرهة . . فالصحيح في « الروضة » و« الكفاية » : أن الغرم عليها .

والثاني : على المكره .

والثالث : عليهما .

والرابع : للمالك أن يطالب من شاء منهما ، غير أنه إذا طولب المتلف رجع على الآمر كما صححه الشيخان في (الجنايات) ، وهو المعتبر هنا كما قاله في « المهمات » ، ولو أوجرها خمسة أنفس . . فعلىٰ كل واحد خمس الغرم .

ولو أوجرها واحد مرة وآخران مرتين . . فالغرم علىٰ عدد الرضعات ، وقيل : أثلاثاً .

ولو كان الزوج عبداً فأرضعت أمه زوجته . . فالغرم عليها لسيده ، كما إذا خالع هو زوجته . . فالمال لمولاه .

ولو أرضعت أمة الرجل أو مدبرته أو مستولدته زوجته الصغيرة فحرمت عليه . . فلا رجوع له علىٰ واحدة منهن ، اللهم إلا أن تكون مكاتبة فيرجع عليها بالغرم ، فإن عجزت . . سقط ، فإن عتقت . . كان ذلك ديناً في ذمتها .

قال : (**ولو رضعت من نائمة . . فلا غرم**) أي : على النائمة ؛ لأنها لم تصنع شيئاً ، وإنما الصغيرة دبت بنفسها .

وقال الداركي : عليها الغرم ؛ لأن اللبن لها ، وهي منسوبة في نومها إلىٰ تقصير ، فلو كانت مستيقظة . . فالأصح في « الروضة » : لا غرم أيضاً ؛ لعدم الفعل .

قال : (**ولا مهر للمرتضعة**) ؛ لأن الانفساخ حصل بفعلها ، وهو قبل الدخول مسقط للمهر ، وقيل : لها نصف المهر ، ولا يعتبر فعلها في الإسقاط ؛ لعدم التكليف .

وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْ أُمُّ ٱلْكَبِيرَةِ ٱلصَّغِيرَةَ . . ٱنْفَسَخَتِ ٱلصَّغِيرَةُ ، وَكَذَا ٱلْكَبِيرَةُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَهُ نِكَاحُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَحُكْمُ مَهْرِ ٱلصَّغِيرَةِ وَتَغْرِيمِهِ ٱلْمُرْضِعَةَ مَا سَبَقَ ، وَكَذَا ٱلْكَبِيرَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً ، . . . .

ولو ارتضعت الصغيرة من أم الزوج رضعتين وهي نائمة ثم أرضعتها الأم ثلاثاً . . ففيه الوجهان السابقان في أن الغرم يوزع على المرضعات أو الرضعات ، والأصح : الثاني .

ولو أرضعتها الأم أربع رضعات ثم ارتضعت الصغيرة منها وهي نائمة المرة الخامسة . . ففيه الوجهان كالوجهين فيما إذا طلقها ثلاثاً متعاقبات . . هل يتعلق التحريم بالثالثة وحدها أو بالثلاث؟ وقد تقدمت فائدة ذلك في (باب ما يحرم من النكاح) .

قال : (**ولو كان تحته كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة . . انفسخت الصغيرة**) ؛ لأنها صارت أختاً للكبيرة ، ولا يجمع بين الأختين ، فكذلك الحكم لو أرضعتها جدتها أو أختها أو بنت أختها .

قال : (**وكذا الكبيرة في الأظهر**) ؛ لأنهما صارتا أختين ، فأشبه ما لو أرضعتهما معاً .

والثاني : يختص الاندفاع بالصغيرة ؛ لأن الجمع بها حصل ، فأشبه ما لو نكح أختاً علىٰ أخت . . فإن البطلان يختص بالثانية ، ونسب الماوردي هـٰذا إلى الجديد ، والأول إلى القديم .

قال : (**وله نكاح من شاء منهما**) أي : منفردة ولا يجمع بينهما ؛ لأنهما في مسألة الكتاب أختان ، وفي الثانية : الصغرىٰ خالة ، وفي الثالثة : عكسه ، وفي الرابعة والخامسة : الكبرىٰ عمة أم أو خالة أم .

قال : (**وحكم مهر الصغيرة وتغريمه المرضعة ما سبق**) في إرضاع أمه ونحوها الصغيرة .

قال : (**وكذا الكبيرة إن لم تكن موطوءة**) فإذا قلنا بانفساخ نكاحها . . فلها نصف المهر على الزوج ، وتغرم له المرضعة نصف مهر المثل .

فَإِنْ كَانَتْ . . فَلَهُ عَلَى ٱلْمُرْضِعَةِ مَهْرُ مِثْلٍ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ ٱلْكَبِيرَةِ ٱلصَّغِيرَةَ . . حَرُمَتِ ٱلْكَبِيرَةُ أَبَداً ، وَكَذَا ٱلصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَتِ ٱلْكَبِيرَةُ مَوْطُوءَةً . وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَطَلَّقَهَا فَأَرْضَعَتْهَا ٱمْرَأَةٌ . . صَارَتْ أُمَّ ٱمْرَأَتِهِ . وَلَوْ نَكَحَتْ مُطَلَّقَةٌ صَغِيراً وَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِهِ . . حَرُمَتْ عَلَى ٱلْمُطَلِّقِ وَٱلصَّغِيرِ أَبَداً . . . .

قال : (**فإن كانت**) أي : الكبيرة موطوءة (. . **فله على المرضعة مهر مثل في الأظهر**) كما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول ثم رجعا .

والثاني : لا غرم عليها ؛ لأن البضع بعد الدخول لا يتقوم للزوج ، بدليل ما لو ارتدت وأصرت . . فإنه لا غرم عليها وعلى الزوج مهرها المسمىٰ كما صرح به في « المحرر » .

قال : (**ولو أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة . . حرمت الكبيرة أبداً ، وكذا الصغيرة إن كانت الكبيرة موطوءة**) ؛ لكونها ربيبة له ، وحكم مهر الصغيرة على الزوج ، والغرم على المرضعة للزوج ما تقدم .

قال : (**ولو كان تحته صغيرة فطلقها فأرضعتها امرأة . . صارت أم امرأته**) فتحرم المرضعة على المطلق ؛ لأنها صارت أم من كانت زوجته ، ودخلت في أمهات النساء ، ولا نظر في ذلك إلى التقدم والتأخر .

قال : (**ولو نكحت مطلقة صغيراً وأرضعته بلبنه . . حرمت على المطلق والصغير أبداً**) أما المطلق . . فلأنها زوجة ابنه ، وأما الصغير . . فلأنها أمه وزوجة أبيه .

وشملت عبارة المصنف من تزوجت صغيراً له دون الحولين ثم فسخت نكاحه بعيب ثم زوجت بآخر فأولدها فأرضعت المفسوخ نكاحه . . فإنه ينفسخ نكاح الثاني ، لأنها صارت زوجة ولده وحرمت عليهما[1] على التأبيد ، ولا يخفىٰ أن المراد المطلقة الحرة ؛ لأنها لو كانت أمة . . لم تحرم على المطلق ؛ لبطلان نكاح الصغير أمة ، فلم تصر حليلة ابنه بذلك .

---

(١) في النسخ : (حرمتا جميعاً) ، والتصويب من هامش (ز) .

وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ عَبْدَهُ ٱلصَّغِيرَ فَأَرْضَعَتْهُ لَبَنَ ٱلسَّيِّدِ . . حَرُمَتْ عَلَيْهِ وَعَلَى ٱلسَّيِّدِ . وَلَوْ أَرْضَعَتْ مَوْطُوءَتُهُ ٱلأَمَةُ صَغِيرَةً تَحْتَهُ بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنِ غَيْرِهِ . . حَرُمَتَا عَلَيْهِ . وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا . . ٱنْفَسَخَتَا وَحَرُمَتِ ٱلْكَبِيرَةُ أَبَداً ، وَكَذَا ٱلصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَ ٱلإِرْضَاعُ بِلَبَنِهِ ، وَإِلاَّ . . فَرَبِيبَةٌ . وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلاَثُ صَغَائِرَ فَأَرْضَعَتْهُنَّ . . حَرُمَتْ أَبَداً ، وَكَذَا ٱلصَّغَائِرُ إِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنِ غَيْرِهِ وَهِيَ مَوْطُوءَةٌ ، . . . .

قال : (**ولو زوج أم ولده عبده الصغير فأرضعته لبن السيد . . حرمت عليه**) ؛ لأنها أمه وموطوءة أبيه .

قال : (**وعلى السيد**) ؛ لأنها زوجة ابنه ، وهـٰذه المسألة مبنية علىٰ إجبار العبد على النكاح ، وقد تقدم أن الأصح : أنه لا يجبر عليه ، ونقل المزني عن الشافعي : أنها لا تحرم عليه ، وغلطوه في نقله .

قال : (**ولو أرضعت موطوءته الأمة صغيرة تحته بلبنه أو لبن غيره . . حرمتا عليه**) أما الأمة . . فلأنها صارت أم زوجته ، وأما الصغيرة . . فلأنها بنته أو بنت موطوءته المدخول بها إن كانت بلبن غيره .

قال : (**ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فأرضعتها . . انفسختا**) ؛ للجمع بين الأم والبنت ، وهـٰذه تقدمت في أوائل الفصل ، ذكرت هناك لأجل الغرم ، وهنا لتأبيد التحريم وعدمه .

قال : (**وحرمت الكبيرة أبداً**) ؛ لأنها أم زوجة .

قال : (**وكذا الصغيرة إن كان الإرضاع بلبنه**) ؛ لأنها بنته .

قال : (**وإلا . . فربيبة**) ، لأن الإرضاع بلبن غيره فتحرم مؤبداً إن كان دخل بالكبيرة ، وإلا . . فلا .

قال : (**ولو كان تحته كبيرة وثلاث صغائر فأرضعتهن . . حرمت**) أي : الكبيرة (**أبداً ، وكذا الصغائر إن أرضعتهن بلبنه أو لبن غيره وهي موطوءة**) سواء أرضعتهن معاً أو مرتباً ؛ لأن الكبيرة أم زوجاته ، والصغائر بناته أو ربائب زوجته المدخول بها ،

وَإِلاَّ : فَإِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ مَعاً بِإِيجَارِهِنَّ ٱلْخَامِسَةَ . . ٱنْفَسَخْنَ وَلاَ يَحْرُمْنَ مُؤَبَّداً . أَوْ مُرَتَّباً . . لَمْ يَحْرُمْنَ ، وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ ٱلأُولَىٰ وَٱلثَّالِثَةُ ، وَتَنْفَسِخُ ٱلثَّانِيَةُ بِإِرْضَاعِ ٱلثَّالِثَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ يَنْفَسِخُ ، وَيَجْرِي ٱلْقَوْلاَنِ فِيمَنْ تَحْتَهُ صَغِيرَتَانِ أَرْضَعَتْهُمَا أَجْنَبِيَّةٌ مُرَتَّباً : أَيَنْفَسِخَانِ أَمِ ٱلثَّانِيَةُ ؟ . . . .

وعليه المسمىٰ للكبيرة ونصف المسمىٰ لكل صغيرة ، وعلى الكبيرة الغرم .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن اللبن له ولا كانت الكبيرة مدخولاً بها .

قال : (**فإن أرضعتهن معاً بإيجارهن الخامسة . . انفسخن**) ؛ لصيرورتهن أخوات ولاجتماعهن مع الأم في النكاح ، وكذلك الحكم لو وضعت ثدييها في في اثنتين وأوجرت الثالثة من لبنها المحلوب .

قال : (**ولا يحرمن مؤبداً**) ؛ لأنهن بنات امرأة لم يدخل بها ، فله أن يجدد نكاح واحدة منهن ، ولا يجمع بين ثنتين منهن .

قال : (**أو مرتباً . . لم يحرمن**) بل إذا أرضعت واحدة ثم ثانية ثم ثالثة . . انفسخت الأولىٰ باجتماعها مع أمها ، وأما الثانية . . فلا ينفسخ بمجرد إرضاعها ؛ لأنها لم تجتمع مع أم ولا أخت .

قال : (**وينفسخ نكاح الأولىٰ**) ؛ لاجتماع الأم والبنت في النكاح (**والثالثة**) ؛ لأنها صارت أختاً للثانية التي هي في نكاحه .

قال : (**وتنفسخ الثانية بإرضاع الثالثة**) ؛ لأنهما صارتا أختين معاً ، فأشبه ما إذا أرضعتهما معاً ، وهـٰذا هو القديم ، وصححه الجمهور ، فهي مما يفتىٰ فيها بالقديم .

قال : (**وفي قول : لا ينفسخ**) بل يختص الانفساخ بالثالثة ؛ لأن الجمع تم بإرضاعها فاختص الفساد بها كما لو نكح أختاً علىٰ أخت ، وهـٰذا هو الجديد ، ورجحه الشيخ أبو حامد .

قال : (**ويجري القولان فيمن تحته صغيرتان أرضعتهما أجنبية مرتباً : أينفسخان أم الثانية؟**) فإذا أرضعت الثانية . . انفسخت ، وفي الأولىٰ حينئذ القولان ، ولا خلاف أن المرضعة حرمت على التأبيد ؛ لأنها صارت من أمهات زوجاته .

فَصْلٌ :

قَالَ : هِنْدٌ بِنْتِي أَوْ أُخْتِي بِرَضَاعٍ ، أَوْ قَالَتْ : هُوَ أَخِي . . حَرُمَ تَنَاكُحُهُمَا . وَلَوْ قَالَ زَوْجَانِ : بَيْنَنَا رَضَاعٌ مُحَرِّمٌ . . فُرِّقَ بَيْنَهُمَا . . . .

واحترز بقوله : (مرتباً) عما إذا أرضعتهما معاً . . فإنه ينفسخ نكاحهما قولاً واحداً ؛ لصيرورتهما أختين معاً .

تتمة :

بقي من أقسام المسألة حالتان :

الأولىٰ : أن ترضع ثنتين معاً ثم الثالثة . . فيفسخ نكاح الأوليين دون الثالثة ؛ لوقوع رضاعها بعد اندفاع أمها وأختها .

الثانية : أن ترضع واحدة أولاً ثم ثنتين . . فيفسخ نكاح الأربع ، أما الأولىٰ والكبيرة . . فلاجتماع الأم والبنت ، وأما الأخيرتان . . فلأنهما صارتا أختين .

قال : (**فصل** :

قال : هند بنتي أو أختي برضاع ، أو قالت : هو أخي . . حرم تناكحهما) ؛ لأنه إقرار منهما أو من أحدهما علىٰ نفسه ، ليس فيه ضرر علىٰ غيره فيؤاخذ بموجبه ، وهٰذا بشرط الإمكان ، فلو قال : فلانة ابنتي وهي أكبر سناً منه . . لغا .

وعن أبي حنيفة : أن الحرمة تثبت بذلك .

وإنما لم يذكر المصنف هٰذا الشرط هنا ؛ لأنه قدمه في (باب الإقرار) .

ثم إذا صح الإقرار فرجعا أو رجع المقر منهما أو كذب نفسه . . لم يقبل رجوعه ، ولم يصح النكاح .

وقال أبو حنيفة : يقبل ويجوز النكاح .

ولفظ (هند) يصرف ولا يصرف ، إن شئت جمعته جمع التكسير فقلت : هنود ، وإن شئت جمعته جمع السلامة فقلت : هندات .

قال : (**ولو قال زوجان : بيننا رضاع محرم . . فرق بينهما**) ؛ مؤاخذة لهما

وَسَقَطَ ٱلْمُسَمَّىٰ وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ وَطِىءَ . وَإِنِ ٱدَّعَىٰ رَضَاعاً فَأَنْكَرَتِ . . ٱنْفَسَخَ ، وَلَهَا ٱلْمُسَمَّىٰ إِنْ وَطِىءَ ، وَإِلاَّ . . فَنِصْفُهُ . وَإِنِ ٱدَّعَتْهُ فَأَنْكَرَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : تَصْدِيقُهَا . . . .

بإقرارهما (**وسقط المسمىٰ ووجب مهر مثل إن وطىء**) فإن لم يطأ . . فلا يجب شيء ، فلو قال : بيني وبينها رضاع واقتصر عليه . . وقف التحريم علىٰ بيان العدد ، ولو قال : هي أختي من الرضاع ، فإن كان فقيهاً موافقاً . . لم يحتج إلىٰ ذكر العدد ، وإلا . . فوجهان .

قال : (**وإن ادعىٰ رضاعاً فأنكرت . . انفسخ**) ؛ عملاً بقوله .

قال : (**ولها المسمىٰ إن وطىء ، وإلا . . فنصفه**) ؛ ترجيحاً لجانبه إذ الفرقة جاءت منه .

قال : (**وإن ادعته فأنكر . . صدق بيمينه إن زوجت برضاها**) ؛ لتضمن رضاها الإقرار بحلها له .

وصورة مسألة الكتاب : أنها أذنت لوليها في رجل بعينه فزوجها منه برضاها ، فلو أذنت في النكاح مطلقاً واكتفينا به ـ وهو الأصح ـ ثم ادعت المحرمية . . فكالتي زوجت بغير رضاها .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم تزوج برضاها (. . **فالأصح : تصديقها**) ؛ لأن ما تدعيه محتمل ، ولم يسبق ما يناقضه ، فأشبه ما إذا قالته ابتداء فإنه يمنع تزويجها منه .

والثاني : المنع استدامة للنكاح الجاري على الصحة ظاهراً ، وحسماً للباب ، وهـٰذه المسألة في « الشرحين » و« الروضة » هنا ، وفي آخر (النكاح) بلا تصحيح .

كل هـٰذا إذا لم تمكنه ، فإن مكنته . . فكتزويجها برضاها ، ودعواها المحرمية بالمصاهرة كقولها: كنت زوجة أبيه أو ابنه، أو وطئني أحدهما بشبهة كدعوى الرضاع.

وَلَهَا مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ وَطِىءَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ شَيْءَ . وَيُحَلَّفُ مُنْكِرُ رَضَاعٍ عَلَىٰ نَفْيِ عِلْمِهِ ، وَمُدَّعِيهِ عَلَىٰ بَتٍّ . وَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ . . . .

قال : (**ولها مهر مثل إن وطىء**) المراد : أنه ليس لها طلب المسمىٰ ؛ لاعترافها بفساد النكاح .

قال : (**وإلا . . فلا شيء**) هو كلام صحيح ، لـٰكنه ليس في « الشرحين » ولا في « الروضة » .

قال : (**ويحلف منكر رضاع علىٰ نفي علمه**) ؛ لأنه ينفي فعل غيره .

قال : (**ومدعيه علىٰ بت**) ؛ لأنه يثبته ، ويستوي في ذلك الرجل والمرأة .

هـٰذا في اليمين الأصلية ، فلو نكلت عن اليمين وردت على الزوج أو عكسه . . فاليمين المردودة على البت ؛ لأنها مثبتة ، وقال القفال : علىٰ نفي العلم ؛ لكونها موافقة ليمين الابتداء .

قال : (**ويثبت**) أي : الرضاع (**بشهادة رجلين**) كسائر الحقوق ، لـٰكن لو شهدا ثم قالا : تعمدنا النظر إلى الثدي لا لتحمل الشهادة . . قال الرافعي : لم تقبل شهادتهما ؛ لأنهما فاسقان ، واعترضه المصنف بأن مجرد النظر صغيرة لا ترد بها الشهادة من غير إصرار ، ورده في « المهمات » بأنه ولو أصر عليها لا ترد بها الشهادة أيضاً ؛ إذ لا بد من أنواع من الصغائر كما سيأتي في (الشهادات) .

قال : (**أو رجل وامرأتين ، وبأربع نسوة**) ؛ لأنه مما يطلع عليه النساء غالباً فأشبه الولادة .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت الرضاع بالنسوة المتمحضات .

وعند مالك : لا يحتاج إلىٰ أربع نسوة ، بل يكتفىٰ باثنتين .

وقبل أحمد شهادة المرضعة وحدها ، وهـٰذا الحكم قرره المصنف في (كتاب الشهادات) .

قال القفال : هـٰذا إذا تنازعا في الشرب من الثدي ، فإن تنازعا فيه من ظرف . . لم تقبل النساء المتمحضات .

وَٱلإِقْرَارُ بِهِ شَرْطُهُ رَجُلاَنِ . وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ ٱلْمُرْضِعَةِ إِنْ لَمْ تَطْلُبْ أُجْرَةً ، وَلاَ ذَكَرَتْ فِعْلَهَا ، وَكَذَا إِنْ ذَكَرَتْهُ فَقَالَتْ : أَرْضَعْتُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَكْفِي بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ مُحَرِّمٌ ، بَلْ يَجِبُ ذِكْرُ وَقْتٍ وَعَدَدٍ ، وَوُصُولِ ٱللَّبَنِ جَوْفَهُ ، ....

نعم ؛ يقبلن في أن الذي في الظرف لبن فلانة .

قال : (**والإقرار به شرطه رجلان**) ؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال غالباً ، بخلاف نفس الرضاع .

قال : (**وتقبل شهادة المرضعة إن لم تطلب أجرة**) ؛ إذ لا تهمة في ذلك ، وقيل : تقبل في ثبوت الحرمة دون الأجرة ، والمراد : قبول شهادتها مع غيرها لا وحدها ؛ فإنها غير مقبولة .

قال : (**ولا ذكرت فعلها**) وإنما شهدت برضاع محرم ، ولا نظر إلىٰ ما يتعلق به من ثبوت محرمية وجواز خلوة ومسافرة .

قال : (**وكذا إن ذكرته فقالت : أرضعته في الأصح**) عبارة « المحرر » و« الروضة » : أرضعتهما ، وهي أحسن ؛ لأنها لا تجر لها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً ، بخلاف الولادة ؛ فإنها تثبت النفقة والإرث وغيرها .

والثاني : لا تقبل كما إذا شهد الحاكم علىٰ فعل نفسه بعد العزل ، والقسام على القسمة ، فلو نسبت الفعل إلى الصبي فقالت : أشهد أنه ارتضع مني . . قبلت قطعاً .

قال : (**والأصح : أنه لا يكفي بينهما رضاع محرم ، بل يجب ذكر وقت وعدد**) ؛ لاختلاف المذاهب في ذلك ، وهـٰذا هو المنصوص .

والثاني : تكفي الشهادة المطلقة .

قال الرافعي : ويحسن أن يقال : إن كان المُطْلق فقيهاً موثوقاً بمعرفته . . قبل منه الإطلاق ، وإلا . . فلا ، كالإخبار عن نجاسة الماء وغيره .

قال : (**ووصول اللبن جوفه**) أي : في كل رضعة ، كما يشترط ذكر الإيلاج في شهادة الزنا .

وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِمُشَاهَدَةِ حَلَبٍ وَإِيجَارٍ وَٱزْدِرَادٍ ، أَوْ قَرَائِنَ كَٱلْتِقَامِ ثَدْيٍ وَمَصِّهِ وَحَرَكَةِ حَلْقِهِ بِتَجَرُّعٍ وَٱزْدِرَادٍ بَعْدَ عِلْمِهِ أَنَّهَا لَبُونٌ . . . .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يشاهد .

قال : (**ويعرف ذلك**) أي : وصول اللبن (**بمشاهدة حلب**) وهو بفتح اللام كما ضبطه المصنف بخطه ، وهو اللبن المحلوب .

قال : (**وإيجار وازدراد ، أو قرائن كالتقام ثدي ومصه وحركة حلقه بتجرع وازدراد**) ؛ لأن مشاهدة القرائن قد تفيد اليقين أو تغلِّب الظن القوي ، وذلك يجوز الإقدام على الشهادة .

قال : (**بعد علمه أنها لبون**) أي : ذات لبن ، والمراد : أن يعلم أن في ثديها حالة الإرضاع أو قبيله لبناً ، وإلا . . فقد يعلم أنها لبون ولا يكون في ثديها حينئذ لبن بأن حلبته أو أرضعته غيره ، فلو شاهد التقام الثدي والامتصاص وهيئة الازدراد ولم يعلم أنها ذات لبن . . فقيل : له الشهادة بظاهر الحال ، والأصح : المنع كما أفهمه تقييد المصنف .

تتمة :

إذا شهدت امرأة واحدة أو امرأتان بالرضاع . . لا يفرق بينهما ، ولـٰكن يستحب للرجل أن يطلقها ؛ حتىٰ تحل لغيره من الأزواج ، ويكره له المقام معها ؛ لما روى البخاري [٢٦٥٩] وأبو داوود [٣٥٩٨] والترمذي [١١٥١] والنسائي [٦/١٠٩] عن عقبة بن الحارث ـ ولا يحفظ له سواه ـ : أنه تزوج أم يحيىٰ بنت أبي إهاب واسمها غنية ـ قاله الدارقطني في « المؤتلف والمختلف » ـ : فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عني ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له فقال : « كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما » فنهاه عنها فطلقها .

* * *

. . . .

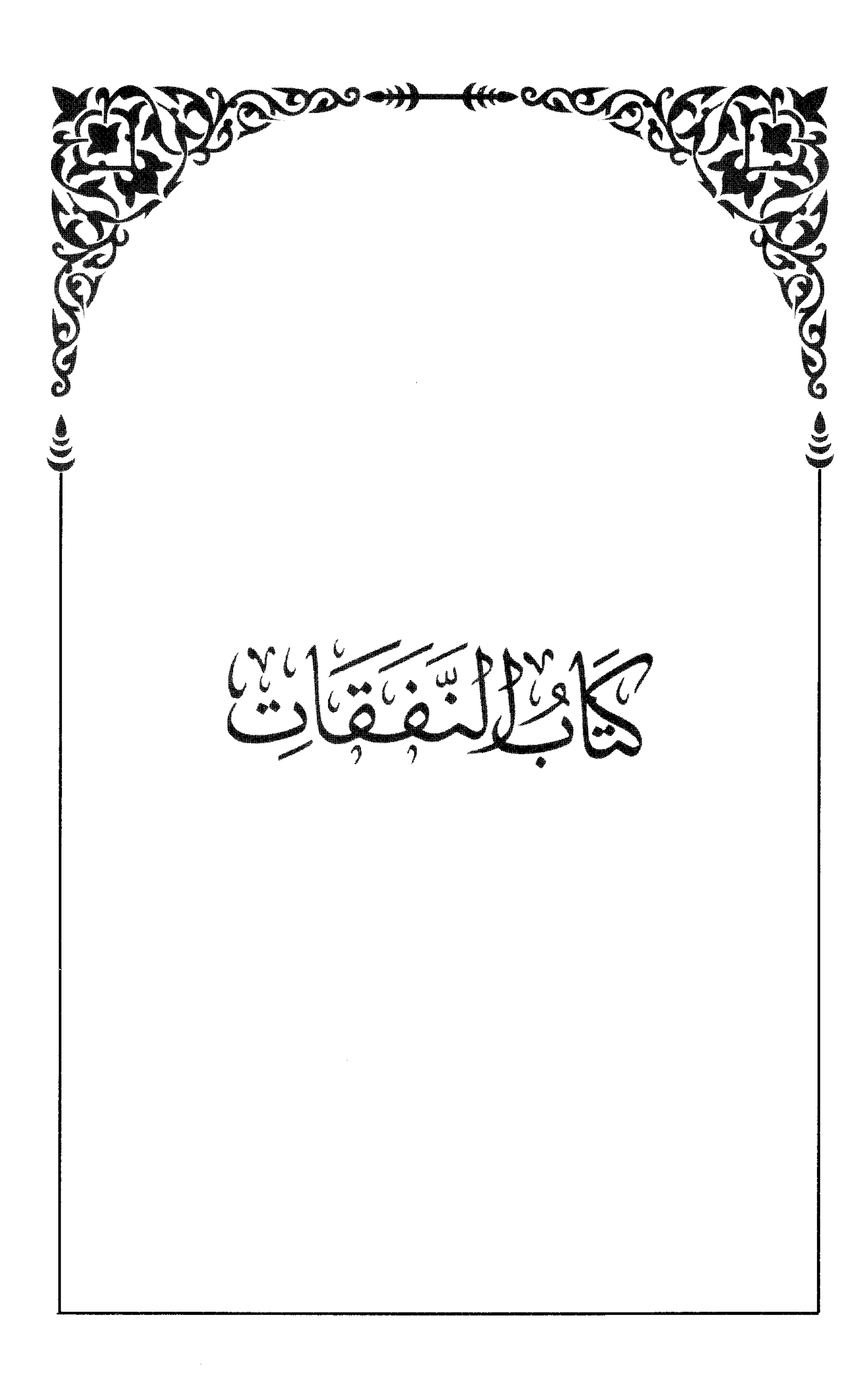
خاتمة

يستحب أن تعطى المرضعة شيئاً عند الفصال ، والأولىٰ عند أوانه ، فإن كانت مملوكة استحب أن تعتق ؛ لما روىٰ أبو داوود [٢٠٥٧] والترمذي [١١٥٣] والنسائي [١٠٨/٦] عن حجاج بن حجاج الأسلمي عن أبيه قال : قلت : يا رسول الله ؛ ما يذهب عني مذمة الرضاع؟ قال : « عبد أو أمة » وإنما خص الرقبة بالمجازاة لأن إرضاعها كان سبباً لحياته ، ولأنها صارت أماً له ، ولن يجزي ولد والده إلا بالإعتاق .

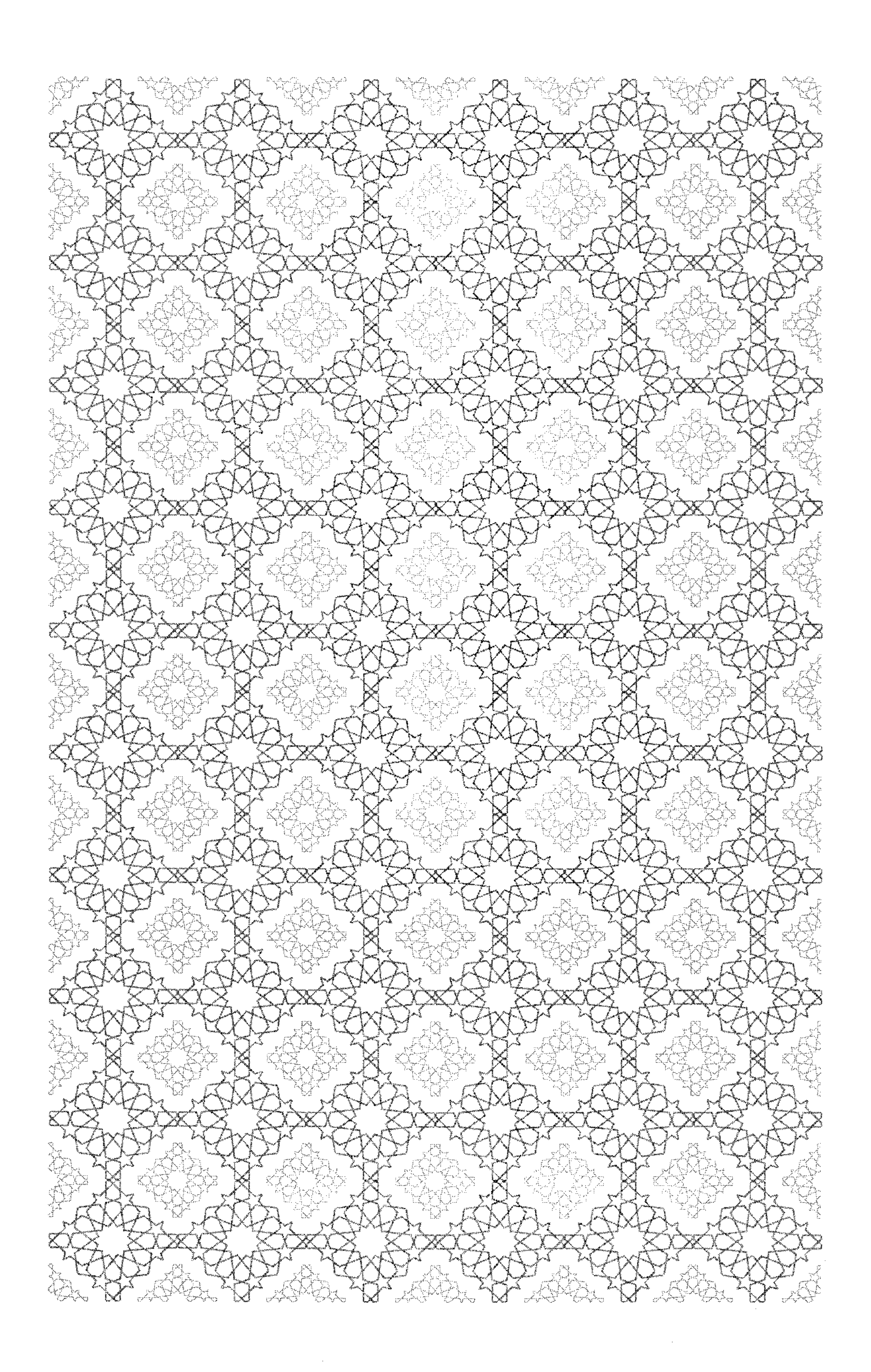
والمراد بمذمة الرضاع : الحق اللازم بسببه ، فكأنه سأل ما يسقط عنه حق المرضعة المؤكد عليه لها .

وروى البيهقي [١٧٧/١٠] عن ابن عباس : أنه سئل عن امرأة شهدت أنها أرضعت امرأة وزوجها فقال : (تستحلف عند المقام ، فإن كانت كاذبة . . لم يحل عليها الحول حتىٰ يبيض ثدياها ، فاستحلفت فابيض ثدياها قبل الحول) وبهٰذا الحديث والأثر قال أحمد رحمه الله .

* * *



كِتَابُ النَّفَقَاتِ



كِتَابُ ٱلنَّفَقَاتِ

. . . .

كتاب النفقات

لفظها مأخوذ من الإنفاق والإخراج ، وجمعت لاختلاف أنواعها ، وهي قسمان :

نفقة تجب للإنسان علىٰ نفسه إذا قدر عليها ، وعليه أن يقدمها علىٰ نفقة غيره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول »[1] .

ونفقة تجب على الإنسان لغيره .

ولوجوبها ثلاثة أسباب : ملك النكاح وملك اليمن والقرابة .

فالأولان يوجبان النفقة للمملوك على المالك ولا عكس ، والثالث يوجبها لكل واحد من القريبين على الآخر ؛ لشمول البعضية والشفقة .

وإنما بدأ المصنف بنفقة الزوجات لأنها واجبة بالنص والإجماع بطريق المعاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، ولا تسقط بمضي الزمان ، فهي أقوىٰ من غيرها .

والأصل في وجوبها : قوله تعالىٰ : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ﴾ والقيم على الغير : هو المتكفل بأمره .

وقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ﴾ يقول : إن خفتم أن لا تعدلوا بين النساء . . فاقتصروا علىٰ واحدة أو ما ملكت أيمانكم ؛ فذلك أدنىٰ أن لا تكثر عيالكم ولا تلزمكم المؤن الكثيرة ، فدل علىٰ وجوب مؤنة العيال .

واعترض علىٰ تفسير الشافعي بأن معنىٰ : ﴿ أَلَّا تَعُولُواْ ﴾ : لا تجوروا ، لا أن لا تكثر عيالكم ، يقال : عال إذا جار ، وأعال إذا كثر عياله .

وأجيب عنه بأن ما ذكره الشافعي رحمه الله منقول من جهة الأثر عن زيد بن

---

(١) أخرجه مسلم (٩٩٧/٤١) ، وابن حبان (٣٣٣٩) ، والنسائي (٥/ ٦٩) ، وغيرهم .

أسلم[1] ، ومن جهة اللغة عن الكسائي وإن كان أعال في كثرة العيال أكثر .

واستنبط بعضهم وجوب النفقة من قوله تعالىٰ : ﴿ فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ ٱلْجَنَّةِ فَتَشْقَىٰٓ ﴾ ولم يقل : (فتشقيان) فدل علىٰ أن آدم يتعب لنفقته ونفقتها ، وبنوهما علىٰ سَننهما .

وروىٰ مسلم [١٢١٨/١٤٧] عن جابر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع : « فاتقوا الله في النساء ـ إلىٰ أن قال ـ : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وقال صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة : « خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف »[2] .

وقال : « قال الله تعالىٰ : يا ابن آدم ؛ أنفق . . أنفق عليك »[3] .

وقال : « اللهم ؛ أعط منفقاً خلفاً »[4] .

وقال رجل من الأنصار للنبي صلى الله عليه وسلم : أنفق ولا تخش من ذي العرش إقلالاً ، فقال : « بذلك أمرت »[5] .

ولما أباح الله تعالىٰ للزوج أن يضر المرأة بثلاث ضرائر ويطلقها ثلاثاً . . جعل لها عليه ثلاثة حقوق مؤكدات : النفقة والكسوة والإسكان ، وهو يتكلفها غالباً ، فكان له عليها ضعف ما لها عليه من الحقوق ؛ لضعف عقلها .

والحقوق الواجبة بالزوجية سبعة : الطعام ، والإدام ، والكسوة ، والسكنىٰ ، وآلة التنظيف ، ومتاع البيت ، وخادم إن كانت ممن يخدم ، وكذلك رتبها المصنف .

قال : (**على الموسر لزوجته كل يوم : مدا طعام ، ومعسر مد ، ومتوسط مد ونصف**) هٰذا هو الواجب الأول وهو الطعام ، وقدره يختلف باختلاف حال الزوج في

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٠٢٩) مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم .
(٢) أخرجه البخاري (٢٢١١) ، ومسلم (١٧١٤/٧) .
(٣) أخرجه البخاري (٤٦٨٤) ، ومسلم (٩٩٣) .
(٤) أخرجه البخاري (١٤٤٢) ، ومسلم (١٠١٠) .
(٥) أخرجه معمر في « الجامع » (٢٠٠٥٧) ، والبزار في « المسند » (٢٧٣) .

. . . .

اليسار والإعسار ، ولا تعتبر فيه الكفاية ، ولا ينظر إلىٰ حال المرأة في الزهادة والرغبة ، ولا في منصبها وشرفها ، وتستوي المسلمة والذمية والحرة والأمة .

واحتج الأصحاب رحمهم الله لأصل التفاوت بقوله تعالىٰ : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ ﴾ .

فأما اعتبار مدين للموسر . . فلأنها مقدرة بالاجتهاد ؛ لأنها لو اعتبرت بقدر الحاجة . . لسقطت نفقة المريضة ومن هي مستغنية بالشبع في بعض الأيام ، فألحقت بما يشبهها وهي الكفارة ؛ لأنها طعام وجب بالشرع لسد الجوعة ، ولهـٰذا اعتبر الله تعالىٰ طعام الكفارة بنفقة الأهل بقوله : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ وأكثر ما في الكفارة للواحد مدان في كفارة الحلق ونحوه ، وأقله مد في اليمين وغيرها ، فهنا كذلك ، والمتوسط لو ألزم المدين . . لضره ، ولو اكتفي منه بمد . . لضرها فلزمه مد ونصف .

ووراء ما ذكره المصنف قولان ووجه :

أحد القولين ـ وهو مذهب أبي حنيفة ـ : أن الواجب الكفاية من غير تقدير كنفقة القريب ؛ لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لهند : « خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك » ، ولأنها في مقابلة التمكين ، وهو مقدر بكفاية الزوج ، فكذلك النفقة .

والثاني : أن القاضي يقدرها باجتهاده .

والوجه محكي عن ابن خيران : أنها لا تتقدر بالمقادير المذكورة ، بل يتبع فيها عرف البلد ، وقد تقدم عنه في (الكفارة) ما يوافق ذلك .

واعتبر مالك وأبو حنيفة حال المرأة ، فيختلف القدر بحسبها .

ونظر أحمد إلىٰ حال الزوجين جميعاً ، فأوجب على الموسر للفقيرة نفقة متوسط .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف المكاتب ؛ فالمنقول إلحاقه بالمعسر .

وفي المبعض وجهان : أصحهما : أنه كذلك وإن كثر ماله ببعضه الحر ، كذا صححه الشيخان هنا ، وألحقاه في (الكفارة) بالموسر فأوجبا عليه التكفير بما عدا العتق ، وذكرا في نفقة الأقارب مثله فأوجبا عليه نفقة كاملة كما سيأتي .

وَٱلْمُدُّ : مِئَةٌ وَثَلاَثَةٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَماً وَثُلُثُ دِرْهَمٍ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : مِئَةٌ وَأَحَدٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَماً وَثَلاَثَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَمِسْكِينُ ٱلزَّكَاةِ مُعْسِرٌ ، وَمَنْ فَوْقَهُ إِنْ كَانَ لَوْ كُلِّفَ مُدَّيْنِ رَجَعَ مِسْكِيناً . . فَمُتَوَسِّطٌ ، وَإِلاَّ . . فَمُوسِرٌ . وَٱلْوَاجِبُ : غَالِبُ قُوتِ ٱلْبَلَدِ . . . .

وإطلاقهم هنا (اليوم) مرادهم مع ليلته كما صرح به الرافعي في الفسخ بالإعسار ؛ لأن النفقة بمضيها تستقر ، ويؤيده قولهم : إنها تجب بطلوع الفجر .

قال : (**والمد : مئة وثلاثة وسبعون درهماً وثلث درهم**) هـٰذا تفريع علىٰ أن رطل بغداد مئة وثلاثون درهماً .

قال : (**قلت : الأصح : مئة وأحد وسبعون درهماً وثلاثة أسباع درهم والله أعلم**) ؛ لأن الأصح عنده أن رطل بغداد تسعون مثقالاً كما تقرر في (زكاة النبات) ، ولو حذف المصنف ذلك . . لاستغنىٰ عنه بما قرره هناك .

قال : (**ومسكين الزكاة معسر**) ففقيرها من باب أولىٰ ، ومراده الكلام فيما يعتبر به اليسار والإعسار والتوسط ، وفي ذلك أوجه : أشهرها : أنه يرجع فيه إلى العادة ، ويختلف ذلك باختلاف البلاد والأحوال .

وقال القاضي وغيره : الموسر : من يزيد دخله علىٰ خرجه ، والمعسر : عكسه ، والمتوسط : من استوىٰ أمراه .

قال : (**ومن فوقه إن كان لو كلف مدين رجع مسكيناً . . فمتوسط ، وإلا . . فموسر**) قال الرافعي : وهـٰذا أحسن الحدود ، ولا بد مع ذلك من النظر إلى الرخص والغلاء ، وقلة العيال وكثرتها ، حتىٰ إن الشخص قد تجب عليه لزوجة واحدة نفقة الموسر ، ولا تجب عليه لو كان ذا زوجتين أو أكثر إلا نفقة المتوسط أو المعسر .

والقدرة على الكسب الواسع لا تخرجه عن حد الإعسار في النفقة ، وإن أخرجته عن استحقاق سهم المساكين ، قاله الغزالي ، وتبعه الرافعي ، وفي « التهذيب » : أن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال .

قال : (**والواجب : غالب قوت البلد**) من حنطة أو شعير أو أرز أو ذرة أو تمر أو

قُلْتُ : فَإِنِ ٱخْتَلَفَ . . وَجَبَ لَائِقٌ بِهِ ، وَيُعْتَبَرُ ٱلْيَسَارُ وَغَيْرُهُ بِطُلُوعِ ٱلْفَجْرِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

غيرها ، حتى الأقط في أهل البادية الذين يقتاتونه ؛ لأن الله تعالىٰ أوجبها بالمعروف ، ومن المعروف أن يطعمها من غالب ما يقتاته أهل بلدها ، ولأنه يشبه الفطرة وهي معتبرة بذلك .

وذهب ابن سريج إلىٰ أنه لا نظر إلىٰ غالب قوت البلد ، بل الاعتبار بما يليق بحال الزوج ؛ إلحاقاً للجنس بالقدر .

قال : (**قلت : فإن اختلف**) أي : قوت البلد ولم يكن فيها غالب (. . **وجب لائق به**) كما أنه المعتبر .

وفي « الحاوي » وجه : أنه عند الاختلاف يجب لها غالب قوت مثلها ، فإن كان مختلفاً . . خير الزوج .

وإذا اختلف الزوجان في اليسار ، فادعته المرأة وأنكره الزوج . . فالقول قوله ما لم يتحقق له مال .

قال : (**ويعتبر اليسار وغيره بطلوع الفجر والله أعلم**) فإن كان موسراً حينئذ . . فعليه نفقة الموسرين ، وإن كان متوسطاً أو فقيراً . . فكهما .

وإنما تسلم النفقة أول النهار لأن الواجب الحب ، فتحتاج إلىٰ طحنه وخبزه ولو لم يسلم إليها أول النهار . . لحصل لها الضرر .

واعتبر في « المهذب » طلوع الشمس ، وهو الذي جزم به الرافعي في (كتاب الضمان) .

وقال الماوردي : أول النهار ، وظاهره يقتضي طلوع شمسه .

قال في « البسيط » : ومعناه أنها تجب بذلك وجوباً موسعاً كالصلاة ، أو معناه أنه وجب تسليمها ، وإن ترك . . عصىٰ ، لـٰكنه لا يحبس ولا يخاصم ، قال الإمام : ولا يلازم ولا يوكل به ، فإن قدر علىٰ إجابتها . . فهو حتم عليه لا يجوز تأخيره .

هـٰذا في الممكنة قبل الفجر ، وأما الممكنة بعده . . فيعتبر الحال عقب تمكينها ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك ما إذا سافر سفراً طويلاً ، قال البغوي في « فتاويه » : لها أن

وَعَلَيْهِ تَمْلِيكُهَا حَبّاً ، وَكَذَا طَحْنُهُ وَخَبْزُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

تطالبه قبل سفره بنفقة جميع المدة للذهاب والإياب ، كما لا يخرج إلى الحج حتىٰ يترك لها هـٰذا القدر . اهـ

والفرعان غريبان أعني : مطالبتها قبل السفر بذلك وإلزامه في الحج به ، والأصح : جواز سفر من عليه دين مؤجل يعلم أنه يحل قبل رجوعه وإن لم يستأذن غريمه ولم يترك له وفاء .

قال : (**وعليه تمليكها حباً**) ؛ لأنه أكمل في النفع لتتصرف فيه كيف شاءت قياساً على الكفارات وزكاة الفطر ، وهـٰذا إذا كان الحب غالب قوتهم ، فإن غلب التمر أو اللحم أو الأقط . . فهو الواجب لا غير ؛ لأنه يؤكل كذلك .

واستشكل الشيخ عز الدين تقدير الحب ؛ فإن ما يضم إليه من مؤنة إصلاحه مجهول ، وهو إذا ضم إلىٰ معلوم . . صار كله مجهولاً ، قال : ولم يعهد في السلف والخلف أن أحداً أنفق علىٰ زوجته حباً مع مؤنة إصلاحه ، بل الإنفاق مما يأكلون في عادتهم .

والذي قاله الشافعي يؤدي إلىٰ أن يموت الشخص ، ونفقة زوجته في ذمته ؛ لأن المعاوضة عنها لا تصح بما يطعمها من التمر واللحم ، ولو جاز أن يكون عوضاً . . لم تبرأ ذمته منها ؛ لأنهما لم يتعاقدا عليه ، ولا يخفىٰ أن المراد : الحب السليم ، فلا تجبر علىٰ قبول المعيب منه .

وفي « أدب القضاء » للإصطخري : لا يجب من الخبز إلا الخشكار[1] وإن كان ملكاً .

وتعبيره بـ(التمليك) يقتضي اعتبار الإيجاب والقبول ، وليس مراداً ، بل الواجب الدفع ، ويكفي الوضع علىٰ قياس الخلع ، وأنها تملك التصرف فيه بإبدال وهبة وغير ذلك ، لـٰكن تستثنىٰ من ذلك الزوجة الأمة ؛ فإن الدفع لمالكها لا لها .

قال : (**وكذا طحنه وخبزه في الأصح**) أي : مؤنة الطحن والخبز ببذل مال ، أو يتولىٰ ذلك بنفسه أو بغيره .

---

(١) **الخُشْكَار** : لفظ فارسي ، وهو دقيق لم تفصل عنه النخالة .

وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا بَدَلَ ٱلْحَبِّ. . لَمْ يُجْبَرِ ٱلْمُمْتَنِعُ ، فَإِنِ ٱعْتَاضَتْ. . جَازَ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

والثاني : لا يلزمه ذلك كالكفارات .

والثالث : إن كانت ممن عادتهم الطحن والخبز بأيديهم. . لم يجب ، وإلا. . وجب ، وبهـٰذا جزم ابن الرفعة في « الكفاية » ، وقال في « المطلب » : ينبغي أن يجب عليه تحصيل آلة الطبخ والخبز من الوقود وغيره ، فلو باعت الحب أو أتلفته. . ففي استحقاقها مؤنة طحنه وخبزه تردد للإمام ميل الغزالي إلىٰ وجوبه والرافعي إلىٰ عدمه .

قال : (**ولو طلب أحدهما بدل الحب. . لم يجبر الممتنع**) ؛ لأنه خلاف الواجب ، والاعتياض شرطه التراضي .

قال : (**فإن اعتاضت. . جاز في الأصح**) ؛ لأنه طعام مستقر في الذمة لمعين ، فكان لها[1] أخذ العوض عنه كالقرض ، هـٰذا إذا اعتاضت نقداً أو ثياباً ونحوها من العروض .

والثاني : لا يجوز كالمسلم فيه وطعام الكفارة .

وقيل : يجوز الاعتياض عن النفقة المستقرة الثابتة في الذمة دون المستقبلة ، وكأن المراد بالمستقبلة : نفقة اليوم قبل مضيِّه ؛ فإنها معرضة للسقوط ، قاله ابن الرفعة .

وقال الرافعي : لا يفرض للزوجة في القوت دراهم .

ونقل في « الجواهر » عن ابن كج : أنه يجوز للقاضي أن يفرض لها دراهم عن الخبز والإدام وتوابعها .

وفي « إيضاح الصيمري » : أنه لا يمتنع فرض الدراهم عن الأدم والكسوة ، وهـٰذا الذي اصطلح عليه الحكام في زماننا ، قال : ولو أن حاكماً فرض ذلك. . لم ينقض حكمه ؛ لأنها مسألة اجتهادية ، ووافقه الشيخ نجم الدين البالسي علىٰ ذلك .

قال : ومن هنا يؤخذ أن الحاكم إذا خالف نص إمامه. . لا ينقض حكمه .

---

(١) في النسخ : (له) ، والتصويب من هامش (د) .

إلاَّ خُبْزاً وَدَقِيقاً عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَوْ أَكَلَتْ مَعَهُ عَلَى ٱلْعَادَةِ . . سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال الزبيلي : وحيث جوزنا . . فلا يفترقان إلا عن قبض ؛ لئلا يصير ديناً بدين .

وشمل إطلاق المصنف الأخذ من غير الزوج ، قال في « الروضة » : ولا يجوز قطعاً .

قال : (**إلا خبزاً ودقيقاً على المذهب**) ؛ فراراً من الربا .

والثاني : يجوز رفقاً ومسامحة ، وعليه العمل خلفاً وسلفاً ، والراجح طريقة الخلاف لا طريقة القولين ، وهـٰذا إذا كان العوض من جنس المعوض كخبز الحنطة عنها ، فإن كان عن شعير وذرة . . جاز ؛ لاختلاف الجنس كما يجوز بيعه به .

قال : (**ولو أكلت معه على العادة . . سقطت نفقتها في الأصح**) إذا أكلت المرأة مع الزوج مختارة على العادة . . ففي سقوط نفقتها وجهان :

أصحهما : أنها تسقط ؛ لجريان الناس عليه في الأمصار ، واكتفاء الزوجات به في أشرف الأعصار وهو زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمهاجرين والأنصار ، ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده ، ولو كانت لا تسقط مع علم النبي صلى الله عليه وسلم بإطباقهم عليه . . لأعلمهم بذلك ، ولقضاه من تركاتهم ، وهـٰذا أدل دليل علىٰ أن الواجب لها الكفاية بالمعروف بحسب الحال ، لا التقدير بالأمداد ونحوها .

والثاني ـ وهو الأقيس ـ : أنها لا تسقط ولو أقاما علىٰ ذلك أعواماً ؛ لأنه لم يعط الواجب وتطوع بغيره .

وبنىٰ بعضهم الوجهين على الخلاف في المعاطاة ، إن جعلناها بيعاً . . برئت ذمته ، وإلا . . فلا ، وغرمت ما أكلت .

قال الرافعي : وليكن هـٰذا مفرعاً علىٰ جواز اعتياض الخبز عن النفقة .

ومحل الوجهين إذا لم ترض بذلك عوضاً ، فإن رضيت به . . سقط قطعاً ، كذا قاله في « الذخائر » ، وغلط فيه .

وقول المصنف : (معه) ليس بقيد ، فلو أرسل إليها الطعام أو أحضرته وأكلته

قُلْتُ : إِلاَّ أَنْ تَكُونَ غَيْرَ رَشِيدَةٍ وَلَمْ يَأْذَنْ وَلِيُّهَا ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَيَجِبُ أُدْمُ غَالِبِ ٱلْبَلَدِ كَزَيْتٍ وَسَمْنٍ وَجُبْنٍ وَتَمْرٍ ، . . . .

وحدها . . فكذلك الحكم ، ويبقى النظر فيما لو أضافها رجل فأكلت عنده . . هل تسقط؟ والظاهر : لا ، إلا أن يكون المقصود إكرام الزوج . . فتسقط .

وتعبيره بـ(الأصح) مخالف لتعبير « الروضة » بـ(الصحيح) .

قال : (**قلت : إلا أن تكون غير رشيدة ولم يأذن وليها والله أعلم**) ؛ لأن الزوج في هـٰذه الحالة متطوع ، كذا قاله المصنف .

والصواب المفتىٰ به : السقوط ، ولا عبرة بما في « المنهاج » ، فلو طرأ سفه الزوجة بعد رشدها ولم يعد الحجر عليها . . لم يفتقر السقوط بالأكل مع الزوج إلىٰ إذن الولي على المذهب ؛ لنفوذ تصرفها ما لم يتصل بها حجر الحاكم .

كل هـٰذا في الحرة ، أما الأمة إذا وجبت نفقتها . . فالمعتبر فيها رضا السيد المطلق التصرف .

وظاهر عبارة المصنف أنها بالإذن تصير كالرشيدة ، وهو مشكل في الصغيرة ؛ لأن قبضها غير معتد به وإن أذن الولي ، اللهم إلا أن يجعل الزوج كالوكيل في إنفاقه عليها ، ويشهد له ما لو خالعها علىٰ إرضاع ولده منها وعلىٰ طعام في ذمتها ، وإن أذن لها في إنفاقه على الصغير . . فإنه يبرأ على المذهب .

قال : (**ويجب أدم غالب البلد كزيت وسمن وجبن وتمر**) هـٰذا هو الواجب الثاني .

ودليله قوله تعالىٰ : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ وليس من المعروف أن يدفع إليها الحب بلا أدم ؛ لأن الخبز لا ينساغ غالباً إلا به .

وقال ابن عباس في قوله تعالىٰ : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ : (الخبز والزيت) .

وقال ابن عمر : (الخبز والسمن ، أو الخبز والتمر)(1) وأما كونه من غالب أدم

---

(1) أخرجه عبد الرزاق (١٦٠٨٨) عن الأسود بن يزيد .

وَيَخْتَلِفُ بِٱلْفُصُولِ ، وَيُقَدِّرُهُ قَاضٍ بِٱجْتِهَادِهِ ، وَيُفَاوِتُ بَيْنَ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ ، وَلَحْمٌ يَلِيقُ بِيَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ كَعَادَةِ ٱلْبَلَدِ ، . . . .

البلد . . فالعرف يقضي بذلك ، فإن كان بالعراق . . فالأدم الشيرج ، وإن كان بخراسان أو الحجاز . . فالسمن ، وإن كان بمصر والشام . . فالزيت .

وروى الخطيب وابن عبد البر[1] عن أبي أُسيد الأنصاري وكان يخدم النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كلوا الزيت وادهنوا به ؛ فإنه من شجرة مباركة » .

وما نقل عن الشافعي من أنه مكيلة زيت أو سمن . . فقال ذلك تقريباً لا تقديراً .

والمراد بالمكيلة : أربعون درهماً ، وإنما فرض الشافعي الدهن لأنه أكمل ما يؤتدم به وأخف مؤنة ؛ لاستغنائها عن طبخ وكلفة .

قال : (**ويختلف بالفصول**) فيفرض لها في كل فصل ما يليق به ويعتاده الناس ، فقد تغلب الفواكه في أوقاتها ، فيجب الرطب في وقته واليابس في وقته ، قال الرافعي : والمعتبر في جنس القوت والأدم عادة الزوج .

قال : (**ويقدره قاض باجتهاده**) أي : عند التنازع (**ويفاوت بين موسر وغيره**) فيفرضه على الموسر قدره وعلى المقتر قدره .

قال : (**ولحم يليق بيساره وإعساره كعادة البلد**) قدراً ووقتاً ، فإن أكلوه في كل أسبوع مرة . . فلها كذلك ، ويوم الجمعة أولىٰ ؛ فإنه أولىٰ بالتوسع فيه ، أو مرتين . . فمرتين ، والجمعة والثلاثاء أولىٰ ؛ ففي « شعب البيهقي » [٥٦٦٢] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « للقلب فرحة عند أكل اللحم ، وما دام الفرح بأمر . . إلا أشر وبطر ، فمرة ومرة » .

قال : وقال عمر : (إياكم واللحم ؛ فإن له ضراوة كضراوة الخمر »[2] .

قال الأصحاب : وقول الشافعي : يطعمها في كل أسبوع رطل لحم ذكره علىٰ عادة

---

(١) الخطيب في « موضح أوهام الجمع والتفريق » (٢/ ١٩٤) ، وابن عبد البر في « الإستيعاب » (٤/ ١٦) .

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٩٣٥) .

. . . .

أهل مصر ؛ لعزة اللحم عندهم يومئذ ، فأما حيث يكثر اللحم . . فيزداد بحسب عادة البلد .

وحمله الرافعي على المعسر ، وعلى الموسر رطلان ، والمتوسط رطل ونصف .

وقال البغوي : يجب في وقت الرخص على الموسر في كل يوم رطل ، وعلى المتوسط في كل يومين أو ثلاثة ، وعلى المعسر في كل أسبوع ، وفي وقت الغلاء يجب في أيامٍ مرة علىٰ ما يراه الحاكم .

وقال آخرون ـ منهم القفال ـ : لا مزيد علىٰ ما قاله الشافعي في جميع البلاد ؛ لأن فيه كفاية لمن قنع .

قال الرافعي : ويشبه أن يقال : لا يجب الأدم في اليوم الذي يعطيها فيه اللحم ، ولم يتعرضوا له .

ويحتمل أن يقال : إذا أوجبنا على الموسر اللحم كل يوم . . يلزمه الأدم أيضاً ؛ ليكون أحدهما غداء والآخر عشاء على العادة ، لـٰكن في « سنن ابن ماجه » [٣٣٠٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم سمى اللحم إداماً فقال : « سيد إدام أهل الدنيا والآخرة اللحمُ » .

فروع :

لو تبرمت بالجنس الواحد من الأدم . . فوجهان .

أحدهما : يلزم الزوج إبداله ؛ إذ لا مشقة عليه .

وأصحهما : لا يلزمه ، وتبدل هي إن شاءت ، كذا قاله الشيخان ، وفيه نظر ؛ لأنه ليس من المعاشرة بالمعروف ، والعرف لا يساعد عليه .

وفي « أمالي السرخسي » : أنها لو صرفت شيئاً من الأدم إلى القوت أو عكسه . . جاز ولا اعتراض للزوج .

وقيل : له المنع من إبدال الأشرف بالأخس .

قال الرافعي : والقائل به يقول : له منعها من ترك التأدم بطريق الأولىٰ .

وَلَوْ كَانَتْ تَأْكُلُ ٱلْخُبْزَ وَحْدَهُ . . وَجَبَ ٱلْأُدْمُ . وَكِسْوَةٌ تَكْفِيهَا ؛ . . . .

ويجب لها على الزوج الملح والحطب وأجرة الطبخ إن لم تعتد فعل ذلك بنفسها .

قال : (**ولو كانت تأكل الخبز وحده . . وجب الأدم**) ولم يسقط حقها بعدم الأكل كما لو كانت تأكل بعض الطعام الواجب لها .

فإن قيل : لم سكت المصنف عن المشروب ولا شك في وجوبه؟ فالجواب : أنه يؤخذ من قوله فيما بعد : (تجب آلات أكل وشرب) ، فإذا وجب الظرف . . فكذا المظروف .

وأما تقديره . . فالظاهر أنه الكفاية ، ويكون إمتاعاً لا تمليكاً ، حتىٰ لو مضت عليه مدة ولم تشربه . . لم تملكه .

وإذا شرب غالب أهل البلد ماء ملحاً وخواصها عذباً . . وجب ما يليق بالزوج .

قال : (**وكسوة تكفيها**) هٰذا هو الواجب الثالث ، فيجب على الزوج كسوة زوجته علىٰ ما قال تعالىٰ : ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ .

وفي « سنن أبي داوود » [٢١٣٥] و« النسائي » [سك ٩١٢٦] و« ابن ماجه » [١٨٥٠] و« الحاكم » [٢/١٨٧ـ١٨٨] عن معاوية بن حيدة : أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن حق الزوجة على الزوج فقال : « أن تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت » .

ولأن الكسوة كالقوت في أن البدن لا يقوم إلا بها ، فتجب كسوتها علىٰ قدر الكفاية ، وتختلف بطول المرأة وقصرها ، وهزالها وسمنها ، وباختلاف البلاد في الحر والبرد ، ولا يختلف عدد الكسوة بيسار الزوج وإعساره ، ولٰكنهما يؤثران في الجودة والرداءة ، ولا يكفي ما يقع عليه الاسم بالإجماع ، بخلاف الكفارة .

ووجهه البغوي بأن استمتاعه يقع بجميع البدن فعمه بالكسوة .

ونقل الرافعي عن السرخسي والمروروذي : أنه يعتبر في الكسوة حال الزوجين جميعاً ، فيجب عليه ما يلبس مثله مثلها .

وحكىٰ صاحب « الذخائر » عن بعضهم : أنه ينظر فيها إلىٰ حال الزوجة ، فلا يفرض لها ما يجاوز حد مثلها .

فإن قيل : لم اعتبرتم الكفاية في الكسوة دون القوت؟ قلنا : لأن الكفاية في الكسوة محققة بالمشاهدة ، وفي القوت غير مشاهدة ولا محققة .

و(الكسوة) بضم الكاف وكسرها ، و(تكفيها) بفتح أوله .

قال : (**فيجب قميص وسراويل وخمار ومكعب**) ؛ لحصول الكفاية بذلك ، فإن القميص يستر ظاهر البدن ، والسراويل أسفله ويصون العورة ، والخمار يستر الرأس ، والمكعب يقي قدميها الحر والبرد .

قال ابن الرفعة : وكذلك القبقاب إن اقتضاه العرف .

وظاهر عبارته : وجوب كون القميص والسراويل مخيطين ؛ إذ لا يصدقان إلا بذلك ، وبه صرح صاحب « المعاياة » ، لكن قال الرافعي : قبيل (باب نفقة الأقارب) : يجب تسليم الثياب وعليه مؤنة الخياطة ، وينبغي أن يختلف ذلك باختلاف العادة .

وهل يجب الجديد؟ قال ابن الصلاح : يتبع في المغسول القوي عادة البلد .

وإيجاب السراويل مخصوص بمن عادتهن لبسه ، فلو كانت تلبس فوطة أو مئزراً . . فهو الواجب ، قاله الماوردي ، قال : ولو كانت عادتهن عدم لبس شيء أصلاً . . ففي تركه هتك عورة فيؤاخذان بذلك لحق الله تعالىٰ ، بخلاف ما لو اعتاد بعض سكان القرى الحفاء في المنازل . . فإنه لا يجب لهن مداس .

وعن الشيخ أبي محمد : أن السراويل تجب في الشتاء دون الصيف ، وفي « الحاوي » خلافه .

وتقدم في (باب الفلس) الكلام علىٰ لفظ السراويل .

وسكتوا عن تكته ، والظاهر وجوبها ، وظاهر إطلاقهم أنه تستوي في ذلك الحرة والأمة إذا وجبت نفقتها .

قال الرافعي : أراد الغزالي بالخمار : المقنعة ، وقد يخص اسم الخمار بما يجعل فوقها ، ولذلك قال في « الأم » و« المختصر » : خمار ومقنعة .

وَتُزَادُ فِي ٱلشِّتَاءِ جُبَّةٌ ، وَجِنْسُهَا قُطْنٌ ، فَإِنْ جَرَتْ عَادَةُ ٱلْبَلَدِ لِمِثْلِهِ بِكَتَّانٍ أَوْ حَرِيرٍ . . وَجَبَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَجِبُ مَا تَقْعُدُ عَلَيْهِ كَزِلِّيَّةٍ أَوْ لِبْدٍ أَوْ حَصِيرٍ ، . . . .

و(المكعب) : مداس الرجل ، وجمع في « الروضة » بين المداس والمكعب والنعل .

قال : (**وتزاد في الشتاء جبة**) أي : محشوة قطناً لدفع البرد ، فلو لم تكف الجبة الواحدة لشدة البرد . . فقياس الباب الزيادة ، وقد يقوم الفرو مقام الجبة إذا اعتادت لبسها .

قال السرخسي : وإذا لم يستغن في البلاد الباردة بالثياب عن الوقود . . وجب من الفحم والحطب بقدر الحاجة ، وظاهر كلامه تكرر الجبة كل سنة .

ونص في « الأم » علىٰ أنها لا تتكرر ، وسواء فيما ذكرناه الحضرية والبدوية على المذهب .

وفي « الحاوي » : يعتبر في الكسوة والطعام موضع إقامتها ، فلو نكح حضري بدوية وأقاما في البادية . . وجب عرفهم ، أو في الحاضرة . . فعرف الحاضرة ، ويقاس عليه عكسه .

قال : (**وجنسها**) أي : جنس الكسوة (**قطن**) ؛ لأنها لباس أهل الدين .

قال : (**فإن جرت عادة البلد لمثله بكتان أو حرير . . وجب في الأصح**) ؛ اتباعاً للعادة .

والثاني : لا يلزم ذلك ، ويقتصر على القطن ، وهو ظاهر النص .

والأولون حملوا النص علىٰ عادة زمنهم ، وتفاوتٍ بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس من اللين والخشونة .

فإن اعتيد لبس الثياب الرقيقة التي لا تستر ولا تصح فيها الصلاة . . لم يعطها منه ، لـٰكن مما يقرب منها في الجودة .

و(الكتان) بفتح الكاف وكسرها ، لغتان شهيرتان .

قال : (**ويجب ما تقعد عليه كزلية أو لبد أو حصير**) هـٰذا هو الواجب الرابع ،

وَكَذَا فِرَاشٌ لِلنَّوْمِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وهو متاع البيت وهو ينقسم إلىٰ فرش وغيره ، فأما الفرش . . فعلى الزوج أن يعطيها ما تفرشه على الأرض للقعود عليه ، والمتبع في ذلك العادة ، فعلى الموسر قطيفة في الشتاء ونطع في الصيف ، وعلى المتوسط زلية ، وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء .

قال الرافعي : ويشبه أن الطنفسة والنطع لا يبسطان وحدهما .

وقوله : (زلية أو لبد أو حصير) ليس المراد التخيير ، بل التنويع فالزلية على الموسر ، واللبد على المتوسط ، والحصير على المعسر ، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج .

و(الزلية) بكسر الزاي وتشديد اللام ، جمعها زلالي ، وهي القطيفة ، وقيل : بساط صغير .

و(اللبد) بكسر اللام ، جمعه لبود ، وهو معروف .

و(الحصير) : ما يبسط في البيت ، قال في « العباب » : سألني والدي عن قولهم : أثَّر حصيرُ الحصيرِ في حصير الحصير فلم أعلم ، فقال : (الحصير) : الباريَّة ، و(الحصير) : الجَنْب ، و(الحصير) : الحبس ، و(الحصير) : الملك ؛ أي : أثرت حصير الحبس في جنب الملك .

قال : (**وكذا فراش للنوم في الأصح**) ؛ للعادة الغالبة ، فيجب ما اقتضاه العرف من ذلك .

واستدل له الخطابي بما روىٰ أبو داوود [٤١٣٩] وغيره عن جابر قال : ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الفرش فقال : « فراش للرجل ، وفراش للمرأة ، وفراش للضيف ، والرابع للشيطان » .

قال : وفيه من السنة أن يبيت الرجل علىٰ فراش وحده وزوجته علىٰ فراش آخر ، ولو كان المستحب لهما أن يبيتا علىٰ فراش . . لكان لا يرخص له في اتخاذ فراشين لنفسه ولزوجته ، وهو إنما يأمره بالاقتصار علىٰ أقل ما تدعو إليه الحاجة .

والوجه الثاني : لا يجب عليه ذلك ، وينام علىٰ ما يفرشه نهاراً .

وَمِخَدَّةٌ وَلِحَافٌ فِي ٱلشِّتَاءِ . وَآلَةُ تَنْظِيفٍ كَمُشْطٍ ، وَدُهْنٍ ، ومَا يَغْسِلُ بِهِ ٱلرَّأْسَ ،

والثالث : يجب ذلك لامرأة الموسر دون امرأة المعسر .

قال : (**ومخدة**) ؛ لقضاء العرف بذلك ، وهي بكسر الميم ، ويقال لها : الوسادة ، وكان لسيد المرسلين وسادة من أدم حشوها ليف[1] .

قال : (**ولحاف في الشتاء**) ويقوم مقامه الكساء ، وخص الشافعي والجمهور وجوبه بالبلاد الباردة ، وأوجب الغزالي مع ذلك الشعار ، والأكثرون سكتوا عنه .

قال الرافعي : ويمكن تخصيص الشعار بالصيف كما يخصص اللحاف بالشتاء ، ويمكن أن يقال : في الشتاء الشعار مع اللحاف كما يجب القميص مع الجبة ، والحكم في جميع ذلك على العادة .

قال : (**وآلة تنظيف كمشط ، ودهن ، وما يغسل به الرأس**) من سدر أو خطمي أو طيب علىٰ عادة البقعة ، هٰذا هو الواجب الخامس ، والمرجع فيه إلىٰ عادة الناحية ، وإنما وجب ذلك لأنها تحتاج إليه لإصلاح شعرها فلزمه كنفقة بدنها ، ويفاوت في ذلك بين الموسر والمتوسط والمعسر كأصل النفقة .

ويلتحق بما ذكرناه الصابون والأشنان والقلي للثياب كما صرح به في « المهذب » ، زاد في « الكافي » : في كل أسبوع أو عشرة أيام .

والمشط فيه ثلاث لغات تقدمت في (الجنائز) .

وقال في « الكفاية » : المراد بـ(المشط) هنا : الآلة المستعملة في ترجيل الشعر إذا كان ذلك من عرف بلادهم ، ولذلك ضبطه في « البحر »[2] بفتح الميم .

ويعتبر في الدهن العادة ، ففي بلاد يدهن بالزيت كالشام ومصر ، وفي بعضها بالشيرج كالعراق ، وفي بعضها بالسمن كالحجاز ، وفي بعضها بالمطيب بالورد والبنفسج .

---

(١) البخاري (٦٤٥٦) ، ومسلم (٢٠٨٢) .
(٢) في (د) : (« المحرر ») .

وَمَرْتُكٌ وَنَحْوُهُ لِدَفْعِ صُنَانٍ ، لاَ كُحْلٌ وَخِضَابٌ ، وَمَا يُزَيِّنُ ، وَدَوَاءُ مَرَضٍ ، وَأُجْرَةُ طَبِيبٍ وَحَاجِمٍ . وَلَهَا طَعَامُ أَيَّامِ ٱلْمَرَضِ وإِدَامُهَا . وَٱلأَصَحُّ : وُجُوبُ أُجْرَةِ حَمَّامٍ بِحَسَبِ ٱلْعَادَةِ ، وَثَمَنِ مَاءِ غُسْلِ جِمَاعٍ وَنِفَاسٍ ، . . . .

ووقته كل أسبوع مرة ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الدهن في الأسبوع يذهب البؤس » .

قال : (**ومرتك ونحوه لدفع صنان**) لتأذيها بالرائحة الكريهة وتنفيره من الاستمتاع ، هٰذا إذا لم يندفع بالماء ونحوه .

و(**المرتك**) بفتح الميم وكسرها أصله من الرصاص يقطع رائحة الإبط ؛ لأنه يحبس العرق ، وإن طرح في الخل أبدل حموضته حلاوة .

قال : (**لا كحل وخضاب ، وما يُزين**) ؛ لأنه يراد للتلذذ والاستمتاع ، وذلك حق له فلا يجب عليه ، وفي معناه : الطيب ، لٰكن لو دفع إليها ذلك . . لزمها استعماله .

قال : (**ودواء مرض ، وأجرة طبيب وحاجم**) ، وكذلك الفاصد والخاتن ؛ لأنه لحفظ الأصل فلا يجب علىٰ مستحق المنفعة كعمارة الدار المستأجرة ، وخالف مؤنة التنظيف ؛ لأنه في معنىٰ كنس الدار .

قال : (**ولها طعام أيام المرض وإدامها**) ؛ لأنها محبوسة له ، ولها صرف ما تأخذه إلى الدواء ونحوه .

قال : (**والأصح : وجوب أجرة حمام بحسب العادة**) ؛ لأنه يراد للتنظيف ، وهٰذا صريح في أن لها ذلك مطلقاً ، لٰكن يكون بحسب العادة ، وهو خلاف ما في « الشرحين » و« الروضة » فالأصح فيهما : الوجوب إذا كانت من قوم يعتادون دخوله كأهل القرىٰ ، قال الماوردي : وإنما يجب في الشهر مرة ؛ ليخرجن من دنس الحيض الذي يكون في كل شهر مرة في الغالب .

والثاني : لا يجب إلا إذا اشتد البرد وعسر الغسل في غير الحمام ، واختاره الغزالي ، وتبعه صاحب « الحاوي الصغير » .

قال : (**وثمن ماء غسل جماع ونفاس**) ؛ لأنه بسببه .

لاَ حَيْضٍ وَٱحْتِلاَمٍ فِي ٱلأَصَحِّ . ولَهَا آلَةُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وطَبْخٍ ، كَقِدْرٍ وَقَصْعَةٍ وَكُوزٍ وَجَرَّةٍ وَإِبْرِيقٍ وَنَحْوِهَا . . . .

والثاني : لا ؛ لأنه تولد من مستحق ، ويؤيده : أنها إذا ماتت من الطلق . . لا يجب عليه ضمانها كما قاله الرافعي في (كتاب الرهن) وعلله بهـٰذا .

وعبر بـ(ثمن الماء) والمراد : إيجاب الماء أو ثمنه .

ولو احتاج إلىٰ تسخين لبرد ونحوه . . فيشبه أن تلزمه مؤنته ، والظاهر : أن الواجب من ذلك ما يكفي المفروض خاصة .

وأفتى القفال بأنه لو وطىء امرأة بشبهة . . لا يجب عليه مع مهرها ثمن ماء غسلها .

قال : (**لا حيض واحتلام في الأصح**) ؛ إذ لا صنع منه .

والثاني : يجب لها ؛ لكثرة وقوع الحيض ، وفي عدم إيجابه إجحاف بها ، والخلاف في الحيض مشهور ، وأما في الاحتلام . . فقطع الرافعي فيه بالمنع .

وقال في « الروضة » : لا يلزم قطعاً ، وكذا الحيض على الأصح ، وهو عجيب حيث نفى الخلاف في « المبسوط » ، وأثبته في « المختصر » وجعله قوياً ، والذي في « المنهاج » هو الصواب .

قال الرافعي : وينظر علىٰ هـٰذا القياس في ماء الوضوء إلىٰ كون السبب منه كالمس أم لا ، وفيه بحث في « المهمات » في وطء الشبهة والزنا ، وسيأتي أنه لا يلزمه أن يضحي عنها نذرت ذلك أم لا .

قال : (**ولها آلة أكل وشرب وطبخ ، كقدر وقصعة وكوز وجرة وإبريق ونحوها**) مما لا غنىٰ لها عنه كالمغرفة وما تغسل فيه ثيابها وما أشبه ذلك ؛ للعرف ، سواء كان ذلك من خشب أو حجر أو خزف ، ولم يذكروا السِّراج وإبريق الوضوء ، والظاهر وجوبهما ، وكذلك لم يتعرضوا لدهن السراج أول الليل ، والعرف جار به في القرىٰ والأمصار ، فالظاهر وجوبه لمن يعتاده .

قال الإمام : وينبغي أن يجب للشريفة الظروف النفيسة للعادة .

و(الشرب) بالضم والفتح بمعنىً ، والفتح أقل .

وَمَسْكَنٌ يَلِيقُ بِهَا ، وَلاَ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِلْكَهُ . وَعَلَيْهِ لِمَنْ لاَ يَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا إِخْدَامُهَا . . . .

و(القِدر) بكسر القاف ، و(القَصعة) بفتحها لا غير .

و(الكوز) جمعه كيزان وأكواز وكوزة ، مثل : عود وأعواد وعودة وعيدان .

و(الجرة) بالفتح : من الخزف ، جمعها جَرٌّ وجرار .

و(الإبريق) فارسي معرب ، جمعه أباريق .

قال : (**ومسكن يليق بها**) ، هـٰذا هو الواجب السادس ، فيجب على الزوج إسكانها في مسكن يليق بها ؛ لأن المعتدة تستحق ذلك بقوله تعالىٰ : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ فالزوجة أولىٰ .

والمعتبر : كونه لائقاً بحالها فقط ؛ لأنها لا تملك الانتقال منه فروعي فيه جانبها ، والنفقة والكسوة تملك إبدالهما فروعي فيهما جانب الزوج ، وأيضاً فهي تتعير بالمنزل دونهما .

وفي « المهذب » الاعتبار فيه بحال الزوج كالكسوة والنفقة ، وذكر الماوردي نحوه في (باب العدد) ، واعتبر الماوردي حالهما معاً كالنفقة .

روىٰ أحمد [٣/٤٠٧] عن نافع بن عبد الحارث أنه قال : سمعت النبيَّ صلى الله عليه وسلم يقول : « من سعادة المرء المسكن الواسع والجار الصالح والمركب الهنيء » .

قال : (**ولا يشترط كونه ملكه**) ، بل يجوز في موقوف ومستأجر ومعار ونحوها ؛ لحصول الإيواء ، وقد تقدم في (آخر العدد) الحكم فيما لو سكنت معه في منزلها .

قال : (**وعليه لمن لا يليق بها خدمة نفسها إخدامها**) ، هـٰذا هو الواجب السابع ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف ، وقيل : في وجوب الخادم قولان ، وقطع الجمهور بالوجوب ، والاعتبار في ذلك بحال المرأة في بيت أبيها ، فلو ارتفعت بالانتقال إلى الزوج بحيث صار يليق بحالها الإخدام.. لم يجب على الصحيح ، وقال الإمام : يجب إذا كانت من أهل الأمصار دون البوادي .

والواجب : خادم واحد ولو كان الزوج موسراً على الصحيح ؛ لحصول المقصود

بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لَهُ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ ، أَوْ بِٱلْإِنْفَاقِ عَلَىٰ مَنْ صَحِبَهَا مِنْ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لِخِدْمَةٍ ، وَسَوَاءٌ فِي هَـٰذَا مُوسِرٌ وَمُعْسِرٌ وَعَبْدٌ . . . .

به ، ومذهب الأئمة الثلاثة : أنها إذا كانت تخدم في بيت أبيها بخادمين أو أكثر . . وجب ذلك العدد ، ولا يجب أن يملكها خادماً ، بل الواجب الإخدام .

قال : (**بحرة أو أمة له أو مستأجرة ، أو بالإنفاق علىٰ من صحبها من حرة أو أمة لخدمة**) ؛ لحصول المقصود بكل من ذلك ، إلا أنه يشترط كون الخادم امرأة أو صبياً أو محرماً ، وفي مملوكها والشيخ الهم اختلاف ، وفي الذمية وجهان : جوزه أبو إسحاق ؛ لأنهم أذل نفوساً وأسرع إلى الخدمة ، ومنعه غيره ؛ لأن النفس تعاف استخدامها ، ولا تؤمن عداوتها الدينية .

ولا يجوز إخدام الزوجة الكتابية بالمسلمة حرة كانت الخادمة أو أمة ؛ للإذلال ، لا سيما فيما فيه مهنة .

قال الروياني : ولو قيل : يجوز أن تقوم بالخدمة الخارجة دون الداخلة . . كان وجهاً .

والأصح في الممسوح : أن نظره كنظر المحارم ، فيجوز إخدامها إياه ، وأن الصبي المراهق كالبالغ على الأصح فلا بد من استثنائه .

والمرجع في تعيين الخادم ابتداء : إليه في الأصح ، وقيل : إليها ، وأما في الدوام إذا اتفقا علىٰ خادم . . فإليها إلا إذا ظهرت ريبة أو خيانة .

وله منع ما زاد علىٰ خادم من الدخول قطعاً ، وكذلك إذا استصحبت من لا يخدم خادماً ، وله منعها من دخول أبويها عليها ، ومن الخروج إلىٰ زيارتهما ، لـٰكن الأولىٰ أن لا يفعل .

وله أيضاً أن يخرج ولدها من عنده إذا استصحبه معها .

ولو أرادت من لا خادم لها أن تتخذ خادماً وتنفق عليه هي من مالها . . لم يكن لها ذلك إلا بإذن الزوج ؛ لأن الدار ملكه فلا يجوز أن يدخل فيها بغير إذنه ، كذا في « الروضة » وغيرها ، وفي ذلك نظر ؛ لأنه ليس من المعاشرة بالمعروف .

قال : (**وسواء في هـٰذا**) أي : في وجوب الإخدام (**موسر ومعسر وعبد**) كسائر

فَإِنْ أَخْدَمَهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ بِأُجْرَةٍ . . فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهَا ، أَوْ بِأَمَةٍ . . أَنْفَقَ عَلَيْهَا بِٱلْمِلْك ، أَوْ بِمَنْ يَصحَبُهَا . . لَزِمَهُ نَفَقَتُهَا ، وَجِنْسُ طَعَامِهَا جِنْسُ طَعَامِ ٱلزَّوْجَةِ ، وَهُوَ مُدٌّ عَلَىٰ مُعْسِرٍ وَكَذَا مُتَوَسِّطٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَمُوسِرٌ : مُدٌّ وَثُلُثٌ ، . . . . .

المؤن ، وتثبت في ذمته إلىٰ أن يوسر ، وفي أول هـٰذا الباب من « الشامل » الجزم بأنه إنما يجب الإخدام على الموسر ، وتبعه المتولي والبندنيجي والروياني مستدلين بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب لفاطمة علىٰ علي خادماً[1] ؛ لأنه كان معسراً .

قال : (**فإن أخدمها بحرة أو أمة بأجرة . . فليس عليه غيرها**) أي : غير الأجرة (**أو بأمة . . أنفق عليها بالملك ، أو بمن يصحبها . . لزمه نفقتها**) ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف ، وقد تقدم في (زكاة الفطر) أنه تلزمه فطرة الخادم .

قال : (**وجنس طعامها جنس طعام الزوجة**) ؛ إذ من المعروف أن لا تتخصص عن خادمتها .

وسكت المصنف عن النوع وذكر الرافعي في الكلام على الأدم أنه يطرد فيه الوجهان ، والأصح : أنه يجعل نوع المخدومة أجود للعادة .

قال : (**وهو مد علىٰ معسر**) ؛ لأن البلاغ لا يحصل بدونه ، فلذلك ساوت فيه الخادمة المخدومة .

وفي وجه حكاه الإمام عن رواية صاحب « التقريب » : أنه يرجع في نفقة الخادم إلىٰ رأي الحاكم ؛ إذ لا أصل لتقديرها في الشرع .

قال : (**وكذا متوسط على الصحيح**) ؛ قياساً على المعسر .

والثاني : عليه مد وثلث كالموسر .

قال في « البحر » : وهو غلط ، ولهـٰذا عبر المصنف بـ(الصحيح) .

والثالث : مد وسدس ؛ لتفاوت المراتب في حق الخادمة والمخدومة .

قال : (**وموسر : مد وثلث**) ؛ لأن نفقة المخدومة مدان ، وهـٰذه تابعة لها فلا تساويها ، ولا يمكن إيجاب مد ونصف ؛ لئلا يساوي بينها وبين نفقة المتوسط ،

---

(١) البخاري (٣١١٣) ، ومسلم (٢٧٢٧) .

وَلَهَا كِسْوَةٌ تَلِيقُ بِحَالِهَا ، وَكَذَا أُدْمٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، لاَ آلَةُ تَنْظِيفٍ ، فَإِنْ كَثُرَ وَسَخٌ وَتَأَذَّتْ بِقَمْلٍ . . وَجَبَ أَنْ تُرَفَّهَ . وَمَنْ تَخْدُمُ نَفْسَهَا فِي ٱلْعَادَةِ إِنِ ٱحْتَاجَتْ إِلَىٰ خِدْمَةٍ لِمَرَضٍ أَوْ زَمَانَةٍ . . وَجَبَ إِخْدَامٌ . . . .

فاقتصر فيه علىٰ مد وثلث ، وهو ثلثا نفقة المخدومة .

قال : (**ولها كسوة تليق بحالها**) كالنفقة ، فلا بد من قميص ، وفي السراويل وجهان : أرجحهما في « الشرح الكبير » : أنه لا يجب ، وأما المِقْنَعَة . . فالمنصوص : أنها تجب مطلقاً ، سواء كانت حرة أو أمة .

وتجب لها في الشتاء جبة أو فرو وما تلتحف به عند الخروج ، وقال ابن الصباغ والروياني : لا يجب لها فراش ، وقال المتولي : لا بد لها من شيء تجلس عليه كحصير في الصيف وقطعة لبد في الشتاء ، وقال الماوردي : لا يستغني الخادم عن دثار في الشتاء ووسادة وبساط .

قال : (**وكذا أدم على الصحيح**) ؛ لأن العيش لا يتم إلا به ، وعلىٰ هـٰذا : جنسه دون جنس أدم المخدومة ، والأصح : أن نوعه دون نوعه .

والثاني : لا يجب ، وتكتفي بما فضل عن المخدومة .

وفي وجوب اللحم لها وجهان ، وقدر الإدام بحسب الطعام .

قال : (**لا آلة تنظيف**) ؛ لأنها تراد للتزيين ، والخادم لا تتزين ، بل اللائق بحالها عكس ذلك ؛ لئلا تمتد إليها الأعين .

قال : (**فإن كثر وسخ وتأذت بقمل . . وجب أن ترفه**) بأن يعطيها ما يزيل ذلك ، وهـٰذا استدركه القفال واستحسنوه .

قال : (**ومن تخدم نفسها في العادة إن احتاجت إلىٰ خدمة لمرض أو زمانة . . وجب إخدام**) سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ؛ لأنه لا صلاح لبدنها إلا به ، كذا أطلقه الجمهور .

ومنهم من فصل فقال : إن كان المرض دائماً . . وجب الإخدام ، وإلا . . فلا ، وجرىٰ عليه الآخذون عن الإمام ، وهـٰذا القسم يخالف ما قبله في أمرين :

وَلاَ إِخْدَامَ لِرَقِيقَةٍ ، وَفِي ٱلْجَمِيلَةِ وَجْهٌ . وَيَجِبُ فِي ٱلْمَسْكَنِ : إِمْتَاعٌ ، . . . . .

أحدهما : أن الاعتبار في الإخدام هنا بالكفاية ، حتىٰ لو لم تحصل إلا بأكثر من واحدة . . وجب ، بخلاف ما تقدم ؛ فإنه لا يزاد علىٰ واحدة .

والثاني : أنه لا فرق بين الأمة والحرة ، بخلاف ما تقدم ؛ فإنه خاص بالحرة .

قال : (**ولا إخدام لرقيقة**) أي : لزوجة رقيقة في حال صحتها ؛ لأن العرف في حقها أن تخدم نفسها ؛ لنقصها عن رتبة الحرائر .

قال : (**وفي الجميلة وجه**) ؛ لجريان العادة به ، ورجحه في « الوجيز » ، والمبعضة كالقنة .

قال ابن الرفعة : ومقتضىٰ هـٰذا أن يجري فيمن لم تكن تخدم في بيت أبيها ، ولـٰكن جمالها يقتضي أن تخدم ، بل هي أولىٰ من الأمة ؛ لكمالها بالحرية .

فروع :

لو قالت : أنا أخدم نفسي وآخذ نفقة الخادم . . لم تلزمه الإجابة إلىٰ ذلك .

ولو قال : أنا أخدمها بنفسي . . فالأصح : المنع ؛ لأنها تتعير بذلك .

والثاني : يجاب ؛ لأن الخدمة حق عليه ، فله أن يوفيه بنفسه وبغيره .

والثالث ـ وهو الراجح في « الوجيز » وتبعه « الحاوي الصغير » ـ : تجاب فيما لا يستحيىٰ منه كغسل الثوب والطبخ ، بخلاف ما يرجع إلىٰ خدمة نفسها كحمل الماء إلى المستحم وصبه علىٰ بدنها ونحو ذلك .

ولو تبرع أجنبي بخدمتها عنه أو عنها . . سقطت خدمتها عنه ، قاله الماوردي .

قال في « المطلب » : لعل هـٰذا إذا وافقت ، أما إذا امتنعت . . فيظهر أن يقال : لها الامتناع ؛ لما فيه من المنة .

قال : (**ويجب في المسكن : إمتاع**) ؛ لأنه مجرد انتفاع كالخادم ، قال في « المحرر » : بلا خلاف ، وليس كذلك ، بل فيه قول حكاه الرافعي قبيل (باب الاستبراء) عند الكلام في مسكن المعتدة ، وصرح به أبو الفرج الزاز في « تعليقه » هنا ، وهـٰذه المسألة تفهم من قوله : (ولا يشترط كونه ملكه) .

وَمَا يُسْتَهْلَكُ كَطَعَامٍ تَمْلِيكٌ ، وَتَتَصَرَّفُ فِيهِ ، فَلَوْ قَتَّرَتْ بِمَا يَضُرُّهَا . . مَنَعَهَا ، وَمَا دَامَ نَفْعُهُ كَكِسْوَةٍ وَظُرُوفِ طَعَامٍ وَمُشْطٍ تَمْلِيكٌ ، وَقِيلَ : إِمْتَاعٌ . وَتُعْطَى ٱلْكِسْوَةَ أَوَّلَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ ، . . . .

قال : (**وما يستهلك كطعام تمليك**) كما في الكفارة .

قال : (**وتتصرف فيه**) بالبيع وغيره ؛ لأن ذلك شأن المالك فيما ملك ، وكان الأحسن أن يأتي بالفاء بدل الواو ، ولا يخفىٰ أن هـٰذا في الحرة ، أما الأمة . . فالمتصرف فيه سيدها .

قال : (**فلو قترت بما يضرها . . منعها**) ؛ لحق الاستمتاع .

قال : (**وما دام نفعه ككسوة وظروف طعام ومشط تمليك**) كالكسوة في الكفارة ، وكذلك حكم الفرش والبسط وظروف الطعام والمشط ، فكل هـٰذه الواجبات ليست كالمسكن ؛ فإن الكسوة تدفع إليها والمسكن يسكنه الزوج ، فلو باعت الكسوة ونحوها بعد قبضها من الزوج . . صح البيع وملكت الثمن .

وقال ابن الحداد : لا يجوز لها بيعها ولا استبدالها .

فلو أرادت أن تبيعها وتشتري ما هو دونها . . لم يكن لها ذلك ، إلا بإذنه على الصحيح ؛ لأن للزوج في ذلك حق الاستمتاع بخلاف الأدم .

قال : (**وقيل : إمتاع**) كالمسكن والخادم ، وهو الذي صححه « الحاوي الصغير » في اللحاف والفرش ونحوهما ، وهو الظاهر ؛ إذ لو كانت تمليكاً . . لما جاز له استعمال شيء منها إلا بإذنها ورضاها ، ولم ينقل ذلك عن أحد من السلف .

قال : (**وتعطى الكسوة أول شتاء وصيف**) ؛ لقضاء العرف بذلك ، ولأنه وقت الحاجة إليها .

هـٰذا في كسوة البدن ، أما ما يبقىٰ سنة كالفرش والبسط . . فتجدد في وقتها ، وكذلك كل ما جرت العادة بتجديده ، والمعتبر في الأولية العادة ، والظاهر أن هـٰذا التقدير في غالب البلاد التي تبقىٰ فيها الكسوة هـٰذه المدة ، فلو كانوا في بلاد لا تبقىٰ فيها هـٰذه المدة لفرط الحرارة أو لرداءة ثيابها وقلة بقائها . . اتبعت عادتهم ، وكذا إن

فَلَوْ تَلِفَتْ فِيهِ بِلاَ تَقْصِيرٍ . . لَمْ تُبْدَلْ إِنْ قُلْنَا : تَمْلِيكٌ ، فَإِنْ مَاتَتْ فِيهِ . . لَمْ تُرَدَّ ، وَلَوْ لَمْ يَكْسُ مُدَّةً . . فَدَيْنٌ . . . .

كانوا من قوم يعتادون ما يبقىٰ سنة مثلاً كالأكسية الوثيقة والجلود كأهل السراة ـ بالسين المهملة ـ فالأشبه اعتبار عادتهم .

قال : (**فلو تلفت فيه بلا تقصير . . لم تبدل إن قلنا : تمليك**) كما إذا سلمها النفقة فتلفت في يدها ، وفي وجه ضعيف : يلزمه البدل ؛ لأن المقصود الكفاية .

وقوله : (بلا تقصير) ليس شرطاً لعدم الإبدال ؛ فإنها مع التقصير أولىٰ أن لا تبدل ، ولـٰكنه يشترط لمفهوم قوله : (إن قلنا : تمليك) فإنه يفهم الإبدال ، إن قلنا : إمتاع . . يشترط عدم التقصير ، وحاصله : أنها إن لم تقصر إن قلنا : إمتاع . . أبدلت ، أو تمليك . . فلا .

قال : (**فإن ماتت فيه . . لم ترد**) ، وكذا إن مات الزوج أو أبانها ، وهـٰذا على القول بالتمليك كما إذا سلمها نفقة اليوم فماتت فيه .

والثاني : له الاسترداد ؛ لأن الكسوة مدفوعة إليها للزمن المستقبل ، فأشبه ما إذا أعطاها نفقة أيام ، أما إذا قلنا : إمتاع . . فتسترد جزماً .

فلو أعطاها كسوة سنة فماتت في أثناء الفصل الأول . . استرد كسوة الفصل الثاني على الأصح كما لو عجل نفقة أيام .

قال : (**ولو لم يكس مدة . . فدين**) هـٰذا أيضاً تفريع على التمليك ، أما إذا قلنا : إنها إمتاع . . فلا .

ولو أراد الزوج أن يسترد منها ما أعطاها ويعطيها ثوباً آخر ، إن قلنا : تمليك . . امتنع ذلك إلا برضاها ، وإن قلنا : إمتاع . . كان له ذلك .

ولو ألبسها ثياباً مستأجرة أو مستعارة . . فعلىٰ قول التمليك : لا يلزمها الرضا بذلك ، وعلى الإمتاع : يلزمها ، فلو تلف المستعار . . فالضمان على الزوج دونها .

تتمة :

حصل الموت أو البينونة بالطلاق في أثناء فصل قبل قبضها الكسوة ، هل يكون كما

فَصْلٌ :

ٱلْجَدِيدُ : أَنَّهَا تَجِبُ بِٱلتَّمْكِينِ لاَ بِٱلْعَقْدِ ، . . . .

لو وقع بعد قبضها فتستحق الجميع ، أو تستحق بالقسط؟ توقف فيها الشيخ نجم الدين البالسي والشيخ نجم الدين ابن الرفعة وقالا : لم يصرح بها أحد من الأصحاب ، وهي كثيرة الوقوع ، والأقرب : أنها تجب بالقسط وتوزع علىٰ أيام الفصل ؛ لأنه يبعد أن يتزوج ثم يطلق في يومه وتجب عليه كسوة فصل كامل ، وكذلك نقله الشيخ نجم الدين القمولي عن شرح « الإفصاح » للصيمري ، وفي « فتاوى المصنف » ما يقتضي أنها تستحق كسوة كاملة ، وفي « تجربة الروياني » ما يؤيده ، لـٰكن عمل الحكام على التقسيط .

قال : (**فصل** :

الجديد : **أنها تجب بالتمكين**) ؛ لأنها لا تعد مسلمة بدونه ، فإذا سلمت.. وجبت لها النفقة ؛ لأنها سلمت ما ملك عليها فاستحقت ما يقابله كالأجرة .

وهل التمكين سبب أو شرط؟ فيه وجهان ، والمراد : التمكين التام ، فلو قالت : أسلم نفسي ليلاً لا نهاراً أو عكسه ، أو في البلد الفلاني دون غيره.. لم تجب لها نفقة بذلك .

قال : (**لا بالعقد**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة ودخل بها بعد سنين[1] ، ولم ينقل أنه أنفق عليها قبل الدخول ، ولو كان حقاً لها.. لساقه إليها ، وأيضاً النفقة مجهولة والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً .

والقديم ـ ونقل عن « الإملاء » ـ : أن نفقة مدة النكاح جميعها تجب بالعقد كالمهر ، بدليل استحقاقها للمريضة والرتقاء ، لـٰكنها إذا نشزت.. سقطت ، فيكون التمكين شرطاً لاستقراره ، كما تجب الأجرة الحالة بالعقد ، ولا يستقر وجوبها إلا بالتسليم ، لـٰكن الأجرة يجب تسليمها بالعقد جملة ؛ للعلم بها ، وجملة النفقة غير معلومة .

---

(١) البخاري (٥١٣٣) ، ومسلم (١٤٢٢/٧٢) .

فَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِيهِ. . صُدِّقَ . فَإِنْ لَمْ تَعْرِضْ عَلَيْهِ مُدَّةً. . فَلاَ نَفَقَةَ فِيهَا ، وَإِنْ عَرَضَتْ . . وَجَبَتْ مِنْ بُلُوغِ ٱلْخَبَرِ . فَإِنْ غَابَ . . كَتَبَ ٱلْحَاكِمُ لِحَاكِمِ بَلَدِهِ لِيُعْلِمَهُ فَيَجِيءَ أَوْ يُوَكِّلَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَمَضَىٰ زَمَنُ وُصُولِهِ . . فَرَضَهَا ٱلْقَاضِي . وَٱلْمُعْتَبَرُ فِي مَجْنُونَةٍ وَمُرَاهِقَةٍ عَرْضُ وَلِيٍّ . . . .

ومن فروع القديم : لو ضمن شخص عنه نفقة مدة معلومة . . جاز ؛ لأن القديم يصحح ضمان ما لم يجب ولم يوجد سبب وجوبه ، فكيف وقد وجد؟!

ولا يضمن إلا نفقة المعسرين وإن كان موسراً ؛ لأنها المتيقن .

وعلى الجديد : لا يصح ضمان نفقة لمدة مستقبلة .

قال : (**فإن اختلفا فيه . . صدق**) ؛ لأن الأصل عدم التمكين ، وعليها البينة ، وهـٰذا تفريع على الجديد ، فإن قلنا بالقديم . . فالقول قولها ؛ لأن الأصل استمرار ما وجب بالعقد ، وهو يدعي السقوط فعليه البيان .

قال : (**فإن لم تعرض عليه مدة . . فلا نفقة فيها**) ؛ لعدم التمكين .

وعلى الثاني : لها النفقة بشرطها .

قال : (**وإن عرضت . . وجبت من بلوغ الخبر**) ؛ لأنه حينئذ مقصر .

قال : (**فإن غاب . . كتب الحاكم لحاكم بلده ليعلمه فيجيء أو يوكل**) وكيلاً ليتسلمها (**فإن لم يفعل ومضىٰ زمن وصوله . . فرضها القاضي**) . وصورة الفرض : أن تمضي إلى الحاكم وتظهر له التسليم والطاعة بعد ثبوت الزوجية عنده ، فيكتب إلىٰ حاكم بلد الزوج بذلك ، فإذا أعلمه . . فقد حصل الغرض .

هـٰذا إذا عرف مكانه ، فإن لم يعرف . . كتب الحاكم إلىٰ حكام البلاد التي تردها القوافل من تلك البلدة في العادة ؛ ليطلب وينادىٰ باسمه ، فإن لم يظهر . . فرض الحاكم نفقتها من ماله الحاضر ، وأخذ منها كفيلاً بما تصرفه ؛ لاحتمال وفاته أو طلاقه .

قال : (**والمعتبر في مجنونة ومراهقة عرض ولي**) ؛ لأنه المخاطب بذلك ، فلا اعتبار بعرضهما وبذلهما الطاعة ، وإذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن

وليه . . وجبت النفقة ، بخلاف تسليم المبيع من المراهق ؛ لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري ، واليد في عقد المراهق للولي لا له .

وكان الأحسن أن يعبر المصنف بالمعصر ؛ لأن المراهقة وصف خاص بالغلام ، يقال : غلام مراهق وجارية معصر[1] ، ولا يقال : مراهقة .

قال : (**وتسقط بنشوز**) فلا نفقة لناشز وإن قدر الزوج علىٰ ردها للطاعة قهراً ، ولم يخالف في ذلك إلا الحكم بن عتيبة فإنه قال : لا تسقط بالنشوز كالمهر ، وهـٰذا غلط ؛ لأنها كالأجرة لا تجب إلا بالتمكين ، ويخالف المهر ؛ لأنه وجب بالعقد .

ونشوز المعصر والمجنونة كنشوز البالغة ؛ لاستواء الفعلين في التفويت على الزوج .

والمراد بـ(السقوط) : منع الوجوب ، وإلا . . فالسقوط حقيقة إنما يكون بعد الوجوب ، فلو نشزت بعض النهار . . فوجهان :

أحدهما : تستحق بقسطه ، وبه قطع السرخسي .

وأصحهما عند الرافعي ـ وبه قطع المصنف في آخر (كتاب النكاح) من « الروضة » ـ : أنه لا شيء لها ، إلا أن تسلم ليلاً وتنشز نهاراً أو بالعكس . . فلها نصف النفقة ، ولا نظر إلىٰ طول الليل وقصره[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (معصر : إذا بلغت عصر الشباب) .

(٢) في هامش (د) : (ما ذكره الشارح من أنها تستحق النصف في الصورتين المذكورتين ، وأنه لا ينظر إلىٰ طول الليل وقصره . . مفرع على الضعيف ، وهو أنها إذا نشزت في بعض النهار . . تستحق بالقسط ، وهـٰكذا ذكره الرافعي والنووي في هـٰذا الباب ، وأما إذا فرعنا على الأصح ـ وهو السقوط في نشوز بعض النهار ـ فلا تستحق أيضاً شيئاً في نشوز كله أو كل الليل ، وكيف يتخيل السقوط بنشوز البعض والوجوب بنشوز الكل؟ والرافعي في آخر « النكاح » لما طرد الوجهين الأخيرين في مسألة الأمة إذا أسلمت ليلاً فقط في مسألة الحرة إذا سلمت نفسها الليل فقط . . اعترض عليه في « الروضة » فقال : قلت : الصحيح : الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هـٰذا الحال ، والله أعلم .

فالرافعي والنووي متفقان علىٰ تصحيح عدم وجوب شيء ، فكيف جزم الشارح بوجوب =

وَلَوْ بِمَنْعٍ لَمْسٍ بِلاَ عُذْرٍ . وَعَبَالَةُ زَوْجٍ أَوْ مَرَضٌ يَضُرُّ مَعَهُ ٱلْوَطْءُ عُذْرٌ . . . .

قال : (**ولو بمنع لمس بلا عذر**) إلحاقاً للمقدمات بالمقاصد .

واحترز عما إذا كان لها عذر كالمضناة التي لا تحتمل الجماع وعلمت أنه متىٰ لامسها واقعها ، فتكون حينئذ معذورة .

فلو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاعات . . فهي ناشز على الأصح في زوائد « الروضة » في (باب القسم والنشوز) .

ونبه المصنف بـ(اللمس) علىٰ أدنىٰ درجات الاستمتاع ؛ ليفهم أن ما فوقه من باب أولىٰ كقوله صلى الله عليه وسلم : « تصدقوا ولو بظلف محرق »[1] .

قال : (**وعبالة زوج أو مرض يضر معه الوطء عذر**) فتلزمه نفقتها إذا كانت عنده ويمنع من وطئها .

و(العبالة) بفتح العين : كبر الذكر بحيث لا تحتمله ، وكذلك لو كانت مريضة أو كان بها قرح يضرها الوطء معه . . فهي معذورة في الامتناع منه ، وعليه النفقة إذا كانت عنده ، فإن أنكر الزوج القرح المانع من الوطء أو أنكر الضرر بسبب العبالة . . فلها إثباته بقول النسوة ، وهل يشترط أربع لأنه شهادة يسقط بها حق الزوج ، أو تكفي امرأة ويجعل إخباراً؟ وجهان : أصحهما : الأول .

ولا بأس بنظرهن إليه عند اجتماعهما ليشهدن ، وليس لها الامتناع من الزفاف بعذر عبالته ، ولها الامتناع بعذر المرض ؛ لأنه متوقع الزوال .

ولو قالت المرأة : لا أمكن إلا في بيتي أو في موضع كذا أو بلد كذا . . فهي ناشزة .

ولو حبست ظلماً أو بحق . . سقطت نفقتها كما لو وطئت بشبهة فاعتدت ، كذا في

= النصف؟ فتلخص : أن القائل بالسقوط بالنشوز في بعض اليوم يقول به في نشوز الكل ، وأن القائل بالاستحقاق يوزعها على الزمان ، إلا إذا كان النشوز في الكل فلا يوزع على الزمان ، بل يجب النصف تساوى الليل والنهار أو لم يتساويا) .

(١) أخرجه ابن حبان (٣٣٧٤) ، والحاكم (١/٤١٧) ، وأبو داوود (١٦٦٤) ، والترمذي (٦٦٥) ، وغيرهم .

وَٱلْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهِ بِلاَ إِذْنٍ نُشُوزٌ إِلاَّ أَنْ يُشْرِفَ عَلَى ٱنْهِدَامٍ . وَسَفَرُهَا بِإِذْنِهِ مَعَهُ أَوْ لِحَاجَتِهِ . . لاَ يُسْقِطُ ، وَلِحَاجَتِهَا . . يُسْقِطُ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ نَشَزَتْ فَغَابَ فَأَطَاعَتْ . . لَمْ تَجِبْ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

زوائد « الروضة » هنا ، وفي (باب الفلس) أنه لا فرق في حبسها بين أن يكون بإقرارها أو بالبينة ، وذكر ذلك في « فتاويه » أيضاً وعبر بالمختار .

فلو حبسها الزوج في دينه . . احتمل أن لا تسقط ؛ لأن المنع من قبله ، والأقرب أنها إن منعته الدين لدداً وعناداً . . سقطت نفقتها ، وإن علم إعسارها . . لم تسقط قطعاً ، ولو غصبت منه . . فلا نفقة وإن كانت معذورة ؛ لفوات الاستمتاع جملة ، بخلاف الحائض والنفساء والمريضة ، ولا أثر لزناها وإن حبلت ؛ لأنه لا يمنع الاستمتاع .

قال : (**والخروج من بيته بلا إذن نشوز**) سواء كان الزوج حاضراً أم غائباً ، وسواء كان لسفر عبادة كالحج أو للاعتكاف أو غيرهما ؛ لمخالفتها الواجب عليها .

قال : (**إلا أن يشرف على انهدام**) فليس بنشوز ؛ للعذر ، وكذا لو كان المنزل لغير الزوج فأخرجت منه ، أو أكرهت على الخروج من بيته ظلماً ، أو تخربت المحلة بغرق أو حرق وبقي البيت مفرداً ، أو خافت علىٰ نفسها ، وغير ذلك مما يعد الخروج به عذراً .

قال : (**وسفرها بإذنه معه أو لحاجته . . لا يسقط**) ؛ لأنها ممكنة في الأولىٰ وفي غرضه في الثانية ، فهو المسقط لحقه .

قال : (**ولحاجتها . . يسقط في الأظهر**) ؛ لأنها استبدلت عن تمكينها شغلاً لها ، وقيل : يسقط قطعاً ، وبهٰذا قال أبو حنيفة وأحمد .

والثاني : يجب ؛ لأنها سافرت بإذنه فأشبه سفرها في حاجته ، وبه قال مالك ، فلو سافرت معه بغير إذنه . . عصت واستحقت النفقة كما قاله الرافعي في (أول قسم الصدقات) .

قال : (**ولو نشزت فغاب فأطاعت . . لم تجب في الأصح**) ؛ لأنها خرجت عن قبضته فلا بد من تسليم وتسلم ، وهما لا يحصلان بمجرد عودها إلىٰ مسكنه ، وهٰذا

وَطَرِيقُهَا : أَنْ يَكْتُبَ ٱلْحَاكِمُ كَمَا سَبَقَ . وَلَوْ خَرَجَتْ فِي غَيْبَتِهِ لِزِيَارَةٍ وَنَحْوِهَا . . لَمْ تَسْقُطْ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ نَفَقَةَ لِصَغِيرَةٍ ، وَأَنَّهَا تَجِبُ لِكَبِيرَةٍ عَلَىٰ صَغِيرٍ . .

بخلاف ما لو ارتدت فغاب الزوج فأسلمت في العدة وهو غائب . . فالأصح فيها : عود النفقة ؛ لأن المرتدة لما عادت إلى الإسلام . . ارتفع المسقط ، فعمل الموجب عمله ، والناشزة سقطت نفقتها بخروجها عن يد الزوج وقبضته ، وإنما تعود إذا عادت إلىٰ قبضته ، وذلك لا يحصل في غيبته .

وخص الشيخ إبراهيم المروروذي الخلاف بما إذا علم الزوج بعودها إلى الطاعة ، فإن لم يعلم . . لم يجب قطعاً ، وهـٰذه المسألة غير التي تقدمت قبيل (باب الخيار والإعفاف) .

والوجه الثاني : تجب لها النفقة ؛ لأن الاستحقاق زال بعارض الخروج عن الطاعة ، فإذا زال العارض . . عاد الاستحقاق .

قال : (**وطريقها : أن يكتب الحاكم كما سبق**) فترفع الأمر إليه ؛ ليقضي بطاعتها ويخبر الزوج بذلك ، فإذا عاد إليها أو بعث وكيله فاستأنف تسليمها . . عادت النفقة ، وإن مضىٰ زمن إمكان العود ولم يعد ولا بعث وكيله . . عادت النفقة أيضاً .

قال : (**ولو خرجت في غيبته لزيارة ونحوها . . لم تسقط**) المراد : خرجت في غيبة الزوج إلىٰ بيت أبيها أو أقاربها وجيرانها لزيارة أو عيادة أو تعزية لا علىٰ وجه النشوز . . لم تسقط نفقتها ؛ لأنها لا تعد بذلك ناشزة .

قال : (**والأظهر : أنه لا نفقة لصغيرة**) وإن سلمت إليه ؛ لأنها لا تصلح للاستمتاع ، وبهـٰذا قال الأئمة الثلاثة ، وليست كالمريضة ؛ لأن المرض يطرأ ويزول فلا يفوت الأنس وجميع الاستمتاعات .

والثاني : لها النفقة ؛ لأنها حبست عنده ، وفوات الاستمتاع بسبب هي معذورة فيه فأشبهت المريضة والرتقاء ، وهـٰذا مبني علىٰ أنها تجب بالعقد .

قال : (**وأنها تجب لكبيرة علىٰ صغير**) إذا سلمت أو عرضت علىٰ وليه ؛ لأن التسليم المستحق عليها وجد فاستحقت المقابل كما لو تعذر الاستيفاء على المستأجر بعد تسليم العين .

وَإِحْرَامُهَا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ بِلاَ إِذْنٍ نُشُوزٌ إِنْ لَمْ يَمْلِكْ تَحْلِيلَهَا ، وَإِنْ مَلَكَ . . فَلاَ حَتَّىٰ تَخْرُجَ فَمُسَافِرَةٌ لِحَاجَتِهَا ، أَوْ بِإِذْنٍ . . فَفِي ٱلأَصَحِّ : لَهَا ٱلنَّفَقَةُ مَا لَمْ تَخْرُجْ .

والثاني : لا يجب ؛ لأنها لا يستمتع بها بسبب هو معذور فيه فلا يلزمه غرم .

وعن أحمد روايتان كالقولين ، وقيل : يجب قطعاً ، وقيل : إن جهلت صغره . . وجب ، وإن علمته . . فقولان ، فإن كانا صغيرين . . لم يجب في الأظهر .

ملغزة :

صغير مسلم يجب عليه مهور مئة امرأة ونفقتهن بسبب نكاح صحيح سبق له عليهن ، وهو ولد الكافر إذا زوجه أبوه إياهن ثم أسلم أحد أصوله ثم مات . . فتجب مهورهن بالموت ، فإن لم يمت واندفع نكاح الزائد على الأربع . . فليس للولي أن يختار ، بل ينتظر بلوغ الصبي ؛ فإنه خيار شهوة ، وتجب نفقتهن في ماله ، قاله الرافعي في (نكاح المشرك) .

قال : (**وإحرامها بحج أو عمرة بلا إذن نشوز إن لم يملك تحليلها**) ؛ لأنها منعته نفسها بذلك ، فتكون ناشزة من وقت الإحرام ، سواء كان الزوج حلالاً أو محرماً كما صرح به الماوردي وغيره ، وكان الأخصر أن يقول : وإحرامها نشوز ؛ ليدخل الإحرام المطلق .

قال : (**وإن ملك . . فلا**) وذلك في النفل ، وكذا في الفرض على الأظهر فتستحق النفقة ؛ لأنها في قبضته وهو قادر على التحلل والاستمتاع ، فإذا لم يفعل . . فهو المفوت علىٰ نفسه .

وفيه وجه : أنها لا تستحق ؛ لأنها ناشزة بالإحرام ، والناشز لا تستحق النفقة وإن قدر الزوج علىٰ ردها إلى الطاعة قهراً كما تقدم .

قال : (**حتىٰ تخرج فمسافرة لحاجتها**) فحينئذ إن خرجت بغير إذنه . . فناشزة ، أو بإذنه معه . . استحقت ، أو وحدها . . فلا .

قال : (**أو بإذن**) أي : أحرمت بإذنه (. . **ففي الأصح : لها النفقة ما لم تخرج**) ؛ لأنها في قبضته ، وفوات الاستمتاع تولد من إذنه .

والثاني : لا تجب ؛ لفوات الاستمتاع ، لـٰكن يرد علىٰ إطلاقه ما لو فسد حجها المأذون فيه بجماع . . فإنها تقضيه على الفور ، ولها الإحرام بغير إذن .

قال : (**ويمنعها صوم نفل**) ؛ لأنه ليس بواجب عليها ، وحقه عليها متحتم ، وعلله في زوائد « الروضة » في (باب الكفارة) بأنه يمنعه من الوطء ، واستشكل بأن لكل من الزوجين الخروج من التطوع بالجماع وغيره ، وأجاب عنه في « شرح مسلم » بأن صومها يمنعه من الاستمتاع عادة ؛ لأنه يهاب انتهاك حرمة الصوم بالإفساد ، وقياس تجويز منع الزوجة الصوم أن تكون الأمة الموطوءة كذلك .

وعلم من التقييد بـ(النفل) أنه لا يمنعها صوم رمضان ، ولا تسقط به النفقة ، وهو كذلك بالاتفاق .

فلو كان الزوج متلبساً بصوم أو اعتكاف واجبين ، أو كان محرماً أو ممسوحاً أو عنيناً ، أو كانت متحيرة أو رتقاء . . فالمتجه : الإباحة .

قال : (**فإن أبت . . فناشزة في الأظهر**) ؛ لامتناعها من التمكين الواجب عليها ، وصومها في هـٰذه الحالة حرام كما صرح به في صوم التطوع من « الروضة » و« شرح مسلم » ، وبه جزم ابن حبان ؛ لما روىٰ هو [٣٥٧٣] وأبو داوود [٢٤٥٠] والترمذي [٧٨٢] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصومن امرأة يوماً سوىٰ شهر رمضان وزوجها شاهد إلا بإذنه » .

وفي « صحيح مسلم » [١٠٢٦] : « لا تصومن المرأة وزوجها شاهد إلا بإذنه » .

والثاني : لا تكون ناشزاً بذلك ؛ لأنها في قبضته .

وفي ثالث : إن دعاها للأكل فأبت . . لم تسقط ، أو للجماع فأبت . . سقطت ، والخلاف أوجه لا أقوال ، فكان الصواب التعبير بالأصح .

وقال الماوردي : إن دعاها إلى الجماع في أول النهار فأبت . . سقطت ، أو في آخره . . فلا ؛ لقرب الزمان ، واستحسنه الروياني .

فلو تزوجها وهي صائمة . . قال المروروذي : لا يجبرها على الإفطار ، وفي سقوط نفقتها وجهان كما في نشوز بعض اليوم ، وحيث سقطت بالصوم هل يسقط

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ قَضَاءً لاَ يَتَضَيَّقُ كَنَفْلٍ فَيَمْنَعُهَا ، وَأَنَّهُ لاَ مَنْعَ مِنْ تَعْجِيلِ مَكْتُوبَةٍ أَوَّلَ وَقْتٍ ، وَسُنَنٍ رَاتِبَةٍ . . . .

الكل أو النصف؟ فيه وجهان : صحح المصنف سقوط الجميع .

ومراده بـ(نفل الصوم) النفل المطلق كصوم الإثنين والخميس ، أما رواتبه كعرفة وعاشوراء . . فليس له المنع منه على الصحيح ، ولا تسقط به نفقتها كرواتب الصلاة ، وأما النذر . . فيمنعها من مطلقه ؛ لأنه موسع ، وأما المعين فإن نذرته في نكاحه بغير إذنه . . فكذلك ، وإلا . . فلا .

قال : (**والأصح : أن قضاء لا يتضيق كنفل فيمنعها**) كما إذا أفطرت بعذر والوقت متسع ؛ لأنه على التراخي وحق الزوج على الفور ، وقيل : في جوازه وجهان ، وكان ينبغي أن يعبر بـ(المذهب) كما في « الروضة » .

واحترز عما يتضيق كالفطر تعدياً أو بعذر ولم يبق من شعبان إلا قدره . . فليس له المنع منه ، والنفقة فيه واجبة على الأصح في « الروضة » ، وكلام الرافعي مشعر بترجيح السقوط ، وأما صوم الكفارة . . فعلى التراخي ، فله المنع منه .

قال : (**وأنه لا منع من تعجيل مكتوبة أول وقت**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وليس من المعروف حرمانها الفضائل مع قصر الزمن .

والثاني : له المنع ؛ لاتساع وقت المكتوبة ووجوب حقه على الفور ، وأفهم أنه لا منع آخر الوقت وهو كذلك بالاتفاق ؛ لخروج وقتها عن حق استمتاعه ، ولا يسقط بسببها شيء من النفقة كما لا يسقط شيء من الأجرة إذا صلى الأجير ، لـٰكن تقدم في آخر (الإجارة) عن « فتاوى القفال » أنه لو صلىٰ مرة ثم قال : كنت محدثاً . . ليس للمستأجر منعه ، ويسقط من أجرته بقدر زمان الصلاة الثانية ، والظاهر أن ذلك لا يتأتىٰ هنا ؛ لضيق زمان الإجارة واتساع هـٰذا .

قال : (**وسنن راتبة**) هـٰذا معطوف على الأصح ، فليس له المنع منها ؛ لأنها مكملة للفرائض .

والثاني : له المنع كالنفل المطلق .

نعم ؛ له منعها من تطويلها .

وَتَجِبُ لِرَجْعِيَّةٍ ٱلْمُؤَنُ إِلاَّ مُؤْنَةَ تَنْظِيفٍ ، فَلَوْ ظُنَّتْ حَامِلاً فَأَنْفَقَ فَبَانَتْ حَائِلاً . . ٱسْتَرْجَعَ مَا دَفَعَ بَعْدَ عِدَّتِهَا . . . .

ويرد علىٰ تخصيصه الراتبة : العيدان والكسوفان ؛ فليس له منعها من فعلهما في المنزل ، والعجب أن المصنف أورده علىٰ عبارة « التنبيه » في تعيين النية فقال : والصواب أن النافلة التي ليست راتبة ولها سبب كالكسوف والاستسقاء لا تصح إلا بتعيين النية ، لـٰكن ذكر الرافعي في (صلاة التطوع) أن الراتبة في اصطلاح القدماء ما لها وقت ، سواء توابع الفرائض وغيرها ، وحينئذ فعبارة المصنف شاملة لذلك .

فرع :

كانت المرأة آجرت نفسها قبل النكاح إجارة عين . . لم يكن للزوج منعها من العمل ، إلا أنها لا تستحق النفقة عليه ، قال الماوردي : وله الخيار إن كان جاهلاً بالحال ؛ لفوات الاستمتاع بالنهار ، ولا يسقط خياره برضا المستأجر بالاستمتاع بها نهاراً ؛ لأنه متبرع .

قال : (**وتجب لرجعية المؤن**) من النفقة والكسوة وسائر حقوق الزوجية ؛ لبقاء جنس النكاح وسلطنته ، وحكى الماوردي فيه الإجماع ، وسواء في ذلك الحرة والأمة والحامل والحائل ، ولا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقة الزوجة ، وتستمر إلى انقضاء العدة بوضع الحمل وغيره ، ولو ظهر بها أمارات الحمل بعد الطلاق . . لزم الزوج الإنفاق عليها .

قال : (**إلا مؤنة تنظيف**) ؛ لانتفاء المعنى الذي وجبت لأجله ، وهـٰذا الاستثناء ذكره الإمام ، وتبعه الشيخان ، ولم يتعرض له الجمهور .

قال : (**فلو ظنت حاملاً فأنفق فبانت حائلاً . . استرجع ما دفع بعد عدتها**) ؛ لأنه تبين أن ذلك ليس عليه ، ويرجع إليها في الأقراء ، فإن ادعت تباعد الحيض وامتداد الطهر . . فالصحيح : أنها تصدق في استمرار النفقة إلىٰ أن تقر بمضي العدة كما تصدق في ثبوت الرجعة ، وقيل : لا تصدق في ثبوت النفقة ؛ فإنها حقها بخلاف الرجعة .

وَٱلْحَائِلُ ٱلْبَائِنُ بِخُلْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ لاَ نَفَقَةَ لَهَا وَلاَ كِسْوَةَ ، . . . .

قال : (**والحائل البائن بخلع أو ثلاث لا نفقة ولا كسوة**) ، اختلف العلماء في نفقة هٰذه وسكناها ، فقال عمر بن الخطاب وأبو حنيفة : لها السكنىٰ والنفقة ، وقال ابن عباس وأحمد : ليس لها سكنىٰ ولا نفقة ، وقال مالك والشافعي : لها السكنىٰ ولا نفقة .

احتج من أوجبهما بقوله تعالىٰ : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ ، وبأنها محبوسة عليه ، وبقول عمر في حديث فاطمة بنت قيس : (لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة جهلت أو علمت)[1] .

واحتج من لم يوجبهما بحديثها ولفظه : أن زوجها أبا عمرو بن حفص ـ واسمه عبد الحميد ـ طلقها البتة ، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « ليس لك عليه نفقة » متفق عليه [خ ٥٣٢٤ـ م ١٤٨٠/٣٦] . ولمسلم [١٤٨٠/٣٧] : « ولا سكنىٰ » .

واحتج الشافعي ومالك بظاهر حديثها مع قوله تعالىٰ : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ فمفهومها : أنهن إذا لم يكنَّ حوامل لا ينفق عليهن .

وأجيب عن حديث فاطمة بأن في رواية أبي داوود [٢٢٨٤] : « لا نفقة لك عليه إلا أن تكوني حاملاً » ، وأما إنكار عمر . . فمنقطع ، قال الدارقطني : لا تقوم به الحجة ، ولو اتصل . . لكان حديثها أولىٰ ؛ لأنها صاحبة الواقعة ، ولأن الزوجية زالت فأشبهت المتوفىٰ عنها .

ولو ادعت البينونة فأنكر . . صدق ولا نفقة لها ، قاله الرافعي في (القسم والنشوز) ، والمسألة مقيدة بما إذا لم تمكنه من نفسها ، فإن عادت ومكنت . . استحقت ، نص عليه في « الأم » كذلك .

واحترز بـ(البينونة بالخلع أو الثلاث) عن البائن بالفسخ بالعيب وغيره ، والأصح : إن كان لمقارن العقد . . فلا نفقة كما تقدم في (باب الخيار) ؛ لأنه رفع

(١) أخرجه مسلم (١٤٨٠/٤٦) ، وابن حبان (٤٢٥٠) ، وأبو داوود (٢٢٨٥) ، وغيرهم .

وَتَجِبَانِ لِحَامِلٍ لَهَا ، وَفِي قَوْلٍ : لِلْحَمْلِ . فَعَلَى ٱلأَوَّلِ : لاَ تَجِبُ لِحَامِلٍ عَنْ شُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ . . . .

العقد من أصله ، وإن كان بسبب عارض كالردة والرضاع . . وجب ؛ لأنه قطع للنكاح .

وأما السكنىٰ . . فسبق في آخر (العدد) وجوبها ، والفرق بينها وبين النفقة : أن السكنىٰ لتحصين مائهِ فاستوىٰ فيها حالة الزوجية وعدمها ، والنفقة للتمكين وهو خاص بالزوجية .

قال : (**وتجبان لحامل**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، والمعنىٰ فيه أنها مشغولة بمائهِ فهو مستمتع برحمها ، فصار كالاستمتاع في حال الزوجية ؛ إذ النسل مقصود بالنكاح كما أن الوطء مقصود به ، قاله القاضي حسين ، ولذلك قال : يجب لها الإدام أيضاً ، وفي زوائد « الروضة » نقل ذلك عن المتولي وحده وأقره .

وفي « البيان » عن أبي إسحاق المروزي : لا تجب لها الكسوة وإن وجبت لها النفقة ، ومحل الوجوب إذا وافقت على الحمل أو شهد به أربع نسوة ، وإلا . . فالقول قوله مع يمينه .

قال : (**لها**) أي : النفقة للحامل بسبب الحمل على الصحيح ؛ لأنها تجب مقدرة ، ولا تسقط بمضي الزمان ، ولو كانت للحمل . . لم يكن كذلك .

قال : (**وفي قول : للحمل**) ؛ لأنها لما لزمت بوجوده وسقطت بعدمه . . دل علىٰ أنها له ، وإنما صرفت لها ؛ لأن غذاءه بغذائها .

كل هٰذا في الزوجة ، أما الأمة ، فإذا كانت لشخص وحملها لآخر . . فنفقتها علىٰ مالك الأمة دون مالك الحمل ، سواء قلنا : تجب النفقة للحامل أو لحملها ، قاله الماوردي في (باب التفليس) ، وحكاه عنه في زوائد « الروضة » هناك .

قال : (**فعلى الأول : لا تجب لحامل عن شبهة أو نكاح فاسد**) ؛ لأن النكاح الفاسد لا يوجب النفقة فعدته أولىٰ ، وعلى الثاني : تجب كما تلزمه نفقته بعد الانفصال .

قُلْتُ : وَلاَ نَفَقَةَ لِمُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَنَفَقَةُ ٱلْعِدَّةِ مُقَدَّرَةٌ كَزَمَنِ ٱلنِّكَاحِ ، وَقِيلَ : تَجبُ ٱلْكِفَايَةُ ، وَلاَ يَجِبُ دَفْعُهَا قَبْلَ ظُهُورِ حَمْلٍ ، . . .

هـٰذا إذا كانت الموطوءة بشبهة غير منكوحة ، فإن كانت منكوحة وأوجبنا نفقتها على الواطىء . . سقطت عن الزوج قطعاً ؛ إذ لا تجتمع نفقتان ، وإن لم نوجبها عليه . . ففي سقوطها عن الزوج وجهان : أصحهما أيضاً : السقوط .

واستحسن في « الوسيط » أنها إن وطئت وهي نائمة أو مكرهة . . فلها النفقة ، وإن مكنت علىٰ ظن أنه زوجها . . فلا نفقة ؛ لأن الظن لا يؤثر في الغرامات .

قال : (**قلت : ولا نفقة لمعتدة وفاة وإن كانت حاملاً والله أعلم**) ؛ لما روى الدارقطني [٤/ ٢١] بإسناد صحيح عن جابر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس للحامل المتوفىٰ عنها زوجها نفقة » .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولا أعلم مخالفاً في ذلك ، ولأنها إن كانت حائلاً . . فقد بانت بالموت ، والبائن الحائل لا نفقة لها على الزوج في حياته فبعد موته أولىٰ .

وإن كانت حاملاً فإن قلنا : النفقة للحمل . . سقطت ؛ لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإن قلنا : للحامل . . فوجهان : أصحهما : تسقط أيضاً ؛ لأنها كالحاضنة للولد ، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت .

وعن الإصطخري أنه أجاب فيها بالاستحقاق فقيل له : ليس هـٰذا مذهب الشافعي ، فلم يرجع وقال : وإن لم يكن . . فهو مذهب علي وابن عباس ، فعيره ابن سريج بذلك في مجلس النظر وقال : كثرة أكل الباقلاء ذهبت بدماغك ، فقال له الإصطخري : وأنت كثرة أكل الخل والمري ذهبت بدينك ، عفا الله عنا وعنهما .

وأما إسكانها . . فتقدم في (العدد) أن الأظهر وجوبه .

قال : (**ونفقة العدة مقدرة كزمن النكاح**) ؛ لأنها من توابعه .

قال : (**وقيل : تجب الكفاية**) فيزاد وينقص بحسب الحاجة ، فمن اعتبر الكفاية . . نظر إلى الحمل ، ومن نظر إلى الزوجية . . جعلها مقدرة .

قال : (**ولا يجب دفعها قبل ظهور حمل**) سواء جعلناها للحمل أم للحامل ؛ لأنا لم نتحقق سبب الوجوب .

فَإِذَا ظَهَرَ . . وَجَبَ يَوْماً بِيَوْمٍ ، وَقِيلَ : حَتَّىٰ تَضَعَ ، وَلاَ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ ٱلزَّمَانِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

قال : (**فإذا ظهر . . وجب يوماً بيوم**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، ولأنها لو أخرت إلى الوضع . . لتضررت .

قال : (**وقيل : حتىٰ تضع**) ؛ لأن الأصل البراءة حتىٰ يتيقن السبب ، والخلاف مبني علىٰ أن الحمل يعلم أم لا ، والأصح : نعم ، وهو في « الشرح » و« الروضة » قولان ، وهو الصواب ؛ فإنهما منصوصان في « المختصر » ، وهما في « المحرر » وجهان .

قال : (**ولا تسقط بمضي الزمان على المذهب**) فلو لم ينفق حتىٰ وضعت لزمه أن يدفع إليها نفقة ما مضىٰ على القولين ؛ لأنها هي التي تنتفع بها ، وقيل : إن قلنا : إنها لها . . لم تسقط ، أو للحمل . . سقطت ؛ لأنها نفقة قريب .

تتمة :

لو كان زوج الحامل البائن رقيقاً ، إن قلنا النفقة للحامل . . لزمته ، وإلا . . فلا ؛ لأنه لا تلزمه نفقة القريب ، ولو كان الحمل رقيقاً . . ففي وجوب النفقة على الزوج حراً كان أو عبداً قولان : إن قلنا : للحمل . . لم تجب بل هي على المالك ، وإلا . . فتجب .

وإذا اختلفا فقالت : وضعت اليوم ، وطالبت بنفقة شهر قبله ، وقال : بل وضعت من شهر قبله . . فالقول قولها ؛ لأن الأصل عدم الوضع وبقاء النفقة .

وإذا أبرأت الزوج من النفقة . . قال المتولي : إن قلنا : إنها للحامل . . . سقطت ، وإن قلنا : للحمل . . فلا ، ولها المطالبة بعد الإبراء .

قال الرافعي : ولك أن تقول : إن كان الإبراء عن نفقة الزمن المستقبل . . فقد سبق حكمه ، وإن كان عما مضىٰ . . فالنفقة مصروفة إليها على القولين ، وقد سبق أنها تصير ديناً لها حتىٰ تصرف إليها بعد الوضع ، فينبغي أن يصح إبراؤها على القولين .

قال ابن الرفعة : يظهر أن تكون صورته إذا أبرأته عن نفقة اليوم بعد الفجر أو

فَصْلٌ :

أَعْسَرَ بِهَا ؛ فَإِنْ صَبَرَتْ . . صَارَتْ دَيْناً عَلَيْهِ ، وَإِلاَّ . . فَلَهَا ٱلْفَسْخُ فِي ٱلأَظْهَرِ .

الشمس ، وبهٰذا يندفع ما أورده عليه من السؤال .

وذكر المتولي أيضاً : أنه لو أعتق أم ولده وهي حامل منه . . لزمه نفقتها إن قلنا : إنها للحمل ، وإن قلنا : إنها للحامل . . فلا ، وأنه لو مات وترك امرأته حبلىٰ . . لها مطالبة الجد بالنفقة إن قلنا : النفقة للحمل ، وإن قلنا : للحامل . . فلا ، وقطع البغوي بأنها لا تطالب الجد ، ويقرب منه كلام الشيخ أبي علي .

وإذا مات الزوج قبل أن تضع البائن حملها ، فإن قلنا : للحمل . . سقطت ؛ لأنها نفقة قريب ، وإن قلنا : للحامل . . فالأصح : عدم السقوط ، وهو المعروف كما جزم به في « الشرحين » في (كتاب العدد) ، وجزم المصنف في « فتاويه » بالسقوط ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » .

قال : (**فصل** :

أعسر بها ؛ فإن صبرت . . صارت ديناً عليه) ، الذي نص عليه الشافعي أن الزوج إذا عجز عن القيام بمؤن زوجته الموظفة عليه . . كانت زوجته بالخيار ، إن شاءت . . صبرت وأنفقت من مالها ، أو اقترضت وأنفقت علىٰ نفسها ، ونفقتها في ذمته إلىٰ أن يوسر لا تسقط بمضي الزمان كسائر الديون المستقرة .

وفي « سنن البيهقي » [٧/٤٦٩] : أن عمر كتب إلىٰ أمراء الأجناد فيمن غابوا عن نسائهم : إما أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا . . بعثوا نفقة ما حبسوا ، ولم يخالفه أحد .

وفي « طبقات العبادي » : أن المزني قال في « المنثور » : إذا أعسر الزوج . . لا نفقة عليه كما لا يجب على المتوسط تمام نفقة الموسر .

وكلام المصنف محمول علىٰ ما إذا لم تمنع نفسها منه ، فإن منعت . . لم تصر ديناً عليه كما صرح به الرافعي في الكلام على الإمهال .

قال : (**وإلا . . فلها الفسخ في الأظهر**) ، وبه قال مالك وأحمد ؛ لقوله تعالىٰ :

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لاَ فَسْخَ بِمَنْعِ مُوسِرٍ حَضَرَ أَوْ غَابَ . . . .

﴿ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ ، خيره بين الأمرين ، فإذا عجز عن الأول . . تعين الثاني .

وقال تعالىٰ : ﴿ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴾ ، وزوجة المعسر مستضرة فلم يكن له إمساكها .

وفي « سنن الدارقطني » [٣/٢٩٧] و« خلافيات البيهقي » عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته : « يفرق بينهما » ، وقال سعيد بن المسيب : إنه من السنة ، قال الشافعي : ويشبه أن يكون أراد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وملخص ما في قول الصحابي أو التابعي : (من السنة كذا) ثلاثة أقوال :

أحدها : أن يكون مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم .

والثاني : لا .

والثالث : أنه من الصحابي مرفوع لا من غيره ، وهو المنصوص الراجح في « المهمات » .

وممن قال بأن لها الفسخ بالإعسار عمر وعلي وأبو هريرة ، قال الشافعي : ولا أعلم أحداً من الصحابة خالفهم ، ولأن العجز عن الوطء بالجب أو العنة يثبت حق الفسخ ، فالعجز عن النفقة أولىٰ .

والقول الثاني ـ قاله في القديم ، وهو رأي أبي حنيفة والمزني في « المنثور » ، وأفتىٰ به جد الروياني ـ : أنه لا فسخ لها ؛ لعموم قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ ﴾ ، وقياساً على الإعسار بالصداق بعد الدخول .

وفي قول مخرج : إنها كالسكنىٰ تسقط بمضي الزمان ، والفرق على الصحيح بين النفقة والسكنىٰ : أن السكنىٰ كفاية الوقت وقد مضىٰ ، والنفقة تثبت في الذمة .

قال : (**والأصح : أن لا فسخ بمنع موسر حضر أو غاب**) ؛ لأنه إذا كان حاضراً . . تتمكن من خلاص حقها منه بالسلطان بأن يلزمه بالحبس وغيره ، وفي الغائب يبعث الحاكم إلىٰ بلده .

وَإِنْ حَضَرَ وَغَابَ مَالُهُ : فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ ٱلْقَصْرِ . . فَلَهَا ٱلْفَسْخُ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ فَيُؤْمَرُ بِٱلإِحْضَارِ . . . .

والثاني : يجوز الفسخ ؛ لحصول الضرر بالإعسار .

وموضع الخلاف إذا لم يكن له مال حاضر ، فإن كان . . أنفق الحاكم منه قطعاً ، واختار القاضي الطبري في الغائب الفسخ ، وذكر الروياني وابن أخته صاحب « العدة » أن المصلحة الفتوىٰ به ، ومال إليه ابن الصباغ ، وقال : إن الفتوىٰ عليه وبه أفتى الغزالي ، وقال : إذا قدر القاضي على القرض عليه . . اقترض .

وإذا لم نجوز الفسخ وجهلنا يسار الغائب وإعساره . . لا فسخ أيضاً ؛ لأن السبب لم يتحقق ، ومتىٰ ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلدها . . جاز الفسخ على الأصح ، وقيل : لا حتىٰ يبعث إليه ، فإن لم يحضر ولم يبعث نفقة . . فسخ عليه .

قال : (**وإن حضر وغاب ماله ، فإن كان بمسافة القصر . . فلها الفسخ**) ؛ لأنه في هـٰذه الحالة يحل له تناول الصدقة فلا يلزمها الصبر ؛ لئلا تتضرر بالانتظار كما في نظيره من فسخ البائع عند غيبة الثمن .

ولو كان له دين علىٰ معسر . . تخيرت ، أو موسر حاضر . . فلا ، أو غائب فوجهان .

ولو كان له دين مؤجل . . فلها الفسخ إلا أن يكون الأجل قريباً ، وينبغي أن يضبط القرب بمدة إحضار المال الغائب بما دون مسافة القصر .

ومن استغرق دينه ماله . . لا خيار لها حتىٰ يصرف ماله إلى الديون ، ولو كان الدين له عليها فأمرها بالإنفاق منه ، فإن كانت موسرة . . فلا خيار لها ، وإن كانت معسرة . . فلها الفسخ ؛ لأنها لا تصل إلىٰ حقها والمعسر منظر ، كذا أطلقه الرافعي وغيره .

ولم يتعرضوا لجريان التقاص إذا كان دينه من جنس الواجب عليه وأجريناه في المثليات كما هو المنصوص ، قال الرافعي : وعلىٰ قياس هـٰذه الصورة : لو كان له عقار ونحوه لا يرغب في شراءه . . ينبغي أن يكون لها الخيار .

قال : (**وإلا . . فلا**) ؛ لأن ما دون مسافة القصر كالحاضر في البلد (**فيؤمر بـ**) تعجيل (**الإحضار**) .

وَلَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِهَا . . لَمْ يَلْزَمْهَا ٱلْقَبُولُ . وَقُدْرَتُهُ عَلَى ٱلْكَسْبِ كَٱلْمَالِ . . . . . .

قال : (**ولو تبرع رجل بها . . لم يلزمها القبول**) بل لها أن تفسخ ، كما لو كان له دين علىٰ إنسان فتبرع غيره بقضائه . . لا يلزمه القبول ؛ لما في التبرع من المنة .

والثاني : لا خيار لها ؛ لأن المنة على الزوج لا عليها ، وبه أفتى الغزالي ، ومال إليه ابن الرفعة ، فلو سلم المتبرع النفقة إلى الزوج وسلم هو إليها . . فلا فسخ كما صرح به الخوارزمي ، وهو ظاهر .

ويستثنىٰ من المسألة الأولىٰ : إذا كان المتبرع أباً له أو جداً للزوج ، والزوج تحت حجره . . فإنه يجب القبول ؛ لأن المدفوع يدخل في ملك المؤدىٰ عنه في هـٰذه الحالة ، ويكون الولي كأنه وهبه له وقبله له .

وأما أداء الدين عن الغير . . فيستثنىٰ منه ما إذا كان المديون ميتاً والمؤدي وارثاً ؛ فإنه يجب القبول وإن كان الميت معسراً ؛ لأنه خليفة الميت وقائم مقامه بخلاف الأجنبي ، كذا نقله الرافعي في آخر (باب القسامة) عن الإمام .

ولو كان بالنفقة ضامن ولم نصحح ضمان النفقة . . فالضامن كالمتبرع ، وإن صححناه، فإن ضمن بإذن الزوج . . فلا خيار لها ، وإن ضمن بغير إذنه . . ففيه وجهان .

فائدة :

سئل ابن الصلاح عن رجل غاب عن زوجته وهي في منزله مطيعة غير ناشزة مدة ، ولم يترك عندها نفقة يوم واحد ، وشهدت البينة أنه سافر عنها وهو معسر معدم لا شيء له ، وحضرت المرأة عند الحاكم واختارت الفسخ ، وسألت الحاكم فسخ نكاحها ففسخه ، هل يصح الفسخ؟ أجاب : لا يصح الفسخ على الأصح ؛ بناء علىٰ مجرد هـٰذا الاستصحاب ، فلو شهدت البينة بإعساره الآن بناء على الاستصحاب . . جاز لها ذلك إذا لم تعلم زوال ذلك ، وحينئذ يصح الحكم بالفسخ ، وإذا حضر الزوج . . لم تسلم إليه .

قال : (**وقدرته على الكسب كالمال**) فإذا كان يكسب كل يوم قدر النفقة . . فلا خيار ، ولو كان يكسب في يوم ما يكفي ثلاثة أيام ، ثم لا يكسب يومين أو ثلاثة ، ثم

يكسب في يوم ما يكفي الأيام الماضية . . فلا خيار ؛ لأنه غير معسر ، ولا تشق الاستدانة لما يقع من التأخير اليسير ، وكذا الحكم في النساج الذي ينسج في الأسبوع ثوباً تفي أجرته بنفقة الأسبوع .

وإذا عجز العامل عن العمل لمرض . . فلا فسخ إن رجي زواله في نحو ثلاثة أيام ، وإن كان يطول . . فلها الفسخ ، وإذا لم يُستعمل البناء والنجار فتعذرت النفقة ، فإن كان ذلك نادراً . . لا خيار ، وإن كان يقع غالباً . . فلها الخيار .

والقادر على الكسب إذا امتنع كالموسر الممتنع إن أوجبنا الاكتساب لنفقة الزوجة .

فرع :

من كسبه حرام هل لزوجته الخيار؟ قال الماوردي والروياني : إن كانت أعياناً محرمة كالسرقة وأثمان الخمور . . فنعم ، وإن كان الفعل محظوراً كصنعة الملاهي . . فلا ؛ لأنه يستحق بها الأجرة المسماة ، ولا بد أن يستحق لتفويت عمله أجراً ، فيصير به موسراً ، قالا : وكذلك المنجم والكاهن يتوصل إليه بسبب محظور ، لـٰكنه يعطىٰ عن طيب نفس ، فيجري مجرى الهبة ، وإن كان محظور السبب فيباح له إنفاقه . اهـ

واستشكل القمولي وغيره إباحة الإنفاق واستحقاق صانع الملاهي أجرة ؛ لأنهم أطبقوا علىٰ أنا إذا حرمنا اتخاذ أواني النقدين لا أجرة لصانعها ، وكذلك ما في معناها ، والمعطي إنما دفع ذلك أجرة لا هبة ، وقد صح : أن كسب الحجام خبيث ، فالوجه خلاف ما قاله الماوردي والروياني ، وسيأتي في (كتاب دعوى الدم والقسامة) ما يتعلق بتعلم السحر والكهانة والتنجيم والضرب بالرمل والحصىٰ والشعر وأخذ العوض عليها .

قال : (**وإنما يفسخ بعجزه عن نفقة معسر**) ؛ لأن الضرر يتحقق بذلك ، فلو عجز عن نفقة المتوسط . . فلا خيار ، ولم يصر الباقي ديناً ، فلو كان يجد يوماً مداً ويوماً لا يجد شيئاً . . فلها الخيار على الصحيح ، ولو وجد بالغداة ما يغديها وبالعشي

ما يعشيها . . فلا خيار على الأصح .

قال : (**والإعسار بالكسوة كهو بالنفقة**) ؛ لأن النفس غالباً لا تبقىٰ بدونها ، وقيل : لا ؛ لأنها ليست من ضروريات الخلقة .

ويقال : إن صنفاً من الناس لا يلبسون الثياب ، والمسألة مبنية علىٰ أن الكسوة تمليك أم لا .

وسكت الشيخان عن الإعسار ببعض الكسوة ، وقد ذكره أبو علي الفارقي في « فوائد المهذب » ، وألحقه بالإعسار بالنفقة ، وفي إطلاقه نظر ، والمعتمد ما أفتىٰ به ابن الصلاح وهو : أن المعجوز عنه إن كان مما لا بد منه كالقميص والخمار وجبة الشتاء . . فلها الخيار ، وإن كان منه بد كالسراويل والنعل وبعض ما يفرش والمخدة . . فلا خيار ، وفي « فتاويه » : أنه فكر أياماً في الإعسار بالجبة أو ما يقوم مقامها هل لها الفسخ به؟ ثم قال : لها ذلك كالفسخ ببعض ما لا بد منه في النفقة .

ولم يتعرض الشيخان للفسخ بالعجز عن الأواني والفرش ونحوها ، ولا لثبوتها في الذمة ، والظاهر : أنه لا فسخ بذلك .

فرع :

في « فتاوى الغزالي » : أنه لو أقر أجنبي للمعسر الغائب بدين فقالت الزوجة : إنما تريد منعي من الفسخ فاحلف أن له عليك ذلك . . لم يحلف البتة .

فرع :

في « فتاوى القفال » : أن الزوج لو غاب عنها فأنفق عليها أبوها . . نظر ، إن كان ينفق نيابة عن الزوج . . سقطت النفقة عنه ؛ لأنه أدىٰ دينه عنه متبرعاً ، وإن أنفق تبرعاً عليها . . فنفقتها باقية في ذمة الزوج تطالب بها إذا رجع .

قال : (**وكذا بالأدم والمسكن في الأصح**) ؛ لأنه يعسر الصبر على الخبز البحت ، ولأن الإنسان لا بد له من مسكن يؤويه ويقيه الحر والبرد .

قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : ٱلْمَنْعُ فِي ٱلأُدْمِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَفِي إِعْسَارِهِ بِٱلْمَهْرِ أَقْوَالٌ ، أَظْهَرُهَا : تَفْسَخُ قَبْلَ وَطْءٍ . . . .

والحوالة على المسجد كالحوالة في النفقة على السؤَّال ، ووجه مقابله : أن النفس تقوم بدونه ؛ فإنها لا تعدم مسجداً أو موضعاً مباحاً ، وعلىٰ هـٰذا : هل تبقىٰ في ذمته؟ فيه وجهان : أصحهما : لا .

قال : (**قلت : الأصح : المنع في الأدم والله أعلم**) ؛ لأنه تابع والنفس تقوم بدونه ، وهـٰذا هو الصحيح في « الشرح الصغير » وفي « التنبيه » ، وأقره عليه في « التصحيح » ، وهو رأي الأكثرين .

وتوسط الماوردي فقال : إن كان القوت مما ينساغ دائماً للفقراء بلا أدم . . فلا خيار ، وإلا . . فسخت .

وأما نفقة الخادم . . فلا فسخ بالإعسار بها على الصحيح ؛ لأن الخدمة مستحقة للدعة والترفه ، ويقوم البدن بدونها فأشبهت المد الثاني ، وتصير نفقة الخادم ديناً عليه ؛ لأنها مستحقة مع الإعسار ، فإن استأجرت من يخدمها . . رجعت عند يساره بالأجرة ، وإن أنفقت علىٰ مملوكها . . رجعت عند يساره بنفقته ، وإن خدمت نفسها . . رجعت بأقل الأمرين ، قاله الماوردي ، وفيه نظر .

كل هـٰذا في المخدومة لرتبتها ، فأما المخدومة لمرض ونحوه . . فالوجه : عدم الثبوت كالقريب .

قال : (**وفي إعساره بالمهر أقوال**) المراد : المهر المفروض ، أما المفوضة[1] قبل الفرض . . فلا خيار لها ؛ إذ لا تستحق مهراً بالعقد ، ولـٰكن لها المطالبة بالفرض ، فإذا فرض واستقر . . كان كالمسمىٰ في العقد .

قال : (**أظهرها : تفسخ قبل وطء**) ؛ للعجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض كالإفلاس ، سواء علمت بإعساره قبل العقد أم لا كما سيأتي ، وهـٰذا الفسخ على الفور كما صرح به الرافعي .

---

(١) في النسخ : (المطلقة) ، والتصويب من هامش (ز) و« الروضة » (٩/ ٧٥) .

لاَ بَعْدَهُ . وَلاَ فَسْخَ حَتَّىٰ يَثْبُتَ عِنْدَ قَاضٍ إِعْسَارُهُ فَيَفْسَخُهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهَا فِيهِ . . . .

قال : (**لا بعده**) ؛ لتلف المعوض ، فصار العوض ديناً في الذمة ، ولأن تسليمها يشعر برضاها بذمته .

والقول الثاني : لا يثبت الفسخ مطلقاً ؛ لأن النفس تقوم بدون المهر ، فأشبه نفقة الخادمة .

والثالث : يثبت مطلقاً ؛ لأنه عجز عن تسليم العوض ، والمعوض باق بحاله ، فأشبه ما إذا أفلس المشتري بالثمن .

وأصل هـٰذه الأقوال طرق ، فلو أعسر ببعضه . . فالمختار عند الشيخ : أنه كما لو أعسر بجميعه وهو يختار في كله عدم الفسخ ؛ لأنه ليس في معنى المنصوص عليه .

وقال ابن الرفعة : لا يثبت الخيار في الإعسار ببعضه .

وما صححه الشيخان من الفسخ قبل الدخول محله إذا لم تقبض شيئاً منه ، فإن قبضت بعضه وهو الغالب فأعسر بالباقي . . فأفتى ابن الصلاح بأنها لا تفسخ ، بخلاف البائع إذا اقتصر علىٰ بعض الثمن . . فإنه يجوز له الفسخ بإفلاس المشتري عن باقيه ، والفرق أن الزوج بإقباض بعض المهر استقر له من البضع بقسطه ، فلو جاز للمرأة الفسخ . . لعاد إليها البضع بكماله ؛ لأنه لا يمكن فيه التشريك ، بخلاف المبيع ؛ فإنه وإن استقر بعضه بقبض بعض الثمن لـٰكن الشركة فيه ممكنة ، وخالفه الشيخ شرف الدين البارزي فأفتىٰ بالفسخ وإن قبضت البعض ، وضعف الشيخ مأخذ البارزي وابن الصلاح .

قال : (**ولا فسخ حتىٰ يثبت عند قاض إعساره فيفسخه أو يأذن لها فيه**) ؛ لأنه مجتهد فيه ، وقيل : لها أن تتولىٰ ذلك بنفسها من غير مرافعة كفسخ البيع بالعيب ، ورجحه الشيخان في نظيره من العنة ، والقياس التسوية بين البابين .

هـٰذا إذا قدرت على الرفع إلى القاضي ، فإن لم يكن في الصقع قاض ولا محكم . . قال في « الوسيط » : لا خلاف في استقلالها بالفسخ .

قال ابن الرفعة : وتترتب عليه أحكام الفسخ باطناً ، حتىٰ لو أيسر بعده . . لم تمكنه من نفسها ، ويحرم عليه أخذ ما خلفته عنه ميراثاً إذا أيسر قبل الموت .

ثُمَّ فِي قَوْلٍ : يُنَجَّزُ ٱلْفَسْخُ ، وَٱلْأَظْهَرُ : إِمْهَالُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، وَلَهَا ٱلْفَسْخُ صَبِيحَةَ ٱلرَّابِعِ إِلاَّ أَنْ يُسَلِّمَ نَفَقَتَهُ . . . .

وقوله : (فيفسخ) منصوب عطفاً على الفعل المنصوب قبله ، وكذا قوله : (يأذن) .

وهـٰذه الفرقة فرقة فسخ على المنصوص لا تنقص عدداً كالفسخ بالجب والعنة .

وفي قول مخرج : فرقة طلاق كما في الإيلاء ، واستدل له بما تقدم من كتاب عمر إلىٰ أمراء الأجناد .

فعلىٰ هـٰذا : إذا ثبت الإعسار عند الحاكم . . يأمره بأن يتمحل وينفق ، فإن أبىٰ . . فيطلق الحاكم بنفسه أو يحبسه ليطلق ، فيه الخلاف المذكور في الإيلاء ، والأظهر : أن القاضي يطلق طلقة رجعية ، فإن راجع . . طلق ثانية وثالثة .

قال : (**ثم في قول : ينجز الفسخ**) ؛ لأن سببه الإعسار وقد حصل .

قال : (**والأظهر : إمهاله ثلاثة أيام**) ؛ لأن الزوج قد يتعسر عليه وجود النفقة لعوارض ثم تزول ، وهـٰذه مدة قريبة يمكن تجزيئها باستقراض وغيره .

والثالث : يمهل يوماً واحداً ، وأنكره الأكثرون .

قال الرافعي : والقولان كالقولين في إمهال المولىٰ والمرتد ، فأوهم كلامه أن المولىٰ والمرتد يمهلان ثلاثة أيام ، والصحيح فيهما خلافه .

قال : (**ولها الفسخ صبيحة الرابع إلا أن يسلم نفقته**) فإن سلم فلا فسخ . . لما مضىٰ ؛ لأنه صار ديناً عليه في ذمته ، وليس لها جعل ما سلمه عما مضىٰ ؛ إذ العبرة بقصد المؤدي .

وقوله : (نفقته) يفهم أنه لو سلمها ذلك عن يوم قبله . . كان لها الفسخ ؛ لأنه لم يسلم نفقة الرابع ، وظاهر عبارته أنها تمكن من الفسخ بعد طلوع الفجر بلا مهلة ، وبه صرح الإمام والغزالي ، ولعلهما قالا ذلك ؛ لأنهما يريان أن النفقة عند سلامة الحال تسلم عند طلوع الفجر ، ويحتمل أن يفرق عند تحقق العجز هنا ، بخلاف ما سبق ، وظاهر إطلاق غيرهما : أنها لا تفسخ بطلوع فجره ، بل بظهور العجز فيه .

وَلَوْ مَضَىٰ يَوْمَانِ بِلاَ نَفَقَةٍ وَأَنْفَقَ ٱلثَّالِثَ وَعَجَزَ ٱلرَّابِعَ . . بَنَتْ ، وَقِيلَ : تَسْتَأْنِفُ . وَلَهَا ٱلْخُرُوجُ زَمَنَ ٱلْمُهْلَةِ لِتَحْصِيلِ ٱلنَّفَقَةِ ، وَعَلَيْهَا ٱلرُّجُوعُ لَيْلاً . . . .

فرع :

إذا اعتاد الدفع إليها ليلاً . . كان لها الفسخ ؛ لأن هـٰذا صيام الدهر ، قال الرافعي : ويقرب منه ما ذكره صاحب « العدة » : أنه لو لم يجد النفقة في أول النهار وكان يجدها في آخره . . فلها الفسخ في الأصح ، أو هي هي .

وقال العجلي : الوجه اعتبار الضرر ، فإن أمكنها أن تبقي منه شيئاً إلى الغد . . فلا ضرر ، وإن لم يمكن ذلك . . فلها الفسخ .

قال : (**ولو مضىٰ يومان بلا نفقة وأنفق الثالث وعجز الرابع . . بنت**) فتضم إلى اليومين الأولين يوماً آخر ثم تفسخ في اليوم الذي يليه ؛ لأنها تتضرر بطول المدة عند الاستئناف .

قال : (**وقيل : تستأنف**) أي : الأيام الثلاثة من أولها ؛ لأن العجز الأول قد زال ، وضعفه الإمام بأنه قد يتجدد ذلك عادة فيؤدي إلىٰ ضرر عظيم .

ولو لم يجد نفقة يوم ووجد نفقة الثاني وعجز في الثالث وقدر في الرابع . . لفقت أيام العجز ، فإذا تمت مدة المهلة . . كان لها الفسخ .

قال : (**ولها الخروج زمن المهلة لتحصيل النفقة**) إما بكسب وإما سؤال أو تجارة ، سواء كانت غنية أم فقيرة ، وليس له منعها حينئذ على الأصح ؛ لأن التمكين والطاعة في مقابلة النفقة ، فإذا لم يوفها ما عليه . . لم تستحق الحجر ، وقيل : له ذلك ؛ رعاية لحق الزوجية .

وقيل : إن قدرت على الإنفاق من مالها أو كسب في بيتها كالخياطة والغزل . . فله منعها من الخروج ، وإلا . . فلا ، وبه جزم البغوي ، وهو الظاهر من كلام المصنف ، وأنه إذا كان عندها ما تحتاج إليه . . لم يجز لها الخروج ، والمنصوص الأول .

قال : (**وعليها الرجوع ليلاً**) أي : إلىٰ منزل الزوج ؛ لأن الله تعالىٰ جعله سكناً ، وله أن يستمتع بها ليلاً لا نهاراً ، فلو منعته الاستمتاع بالليل . . كانت ناشزة ، أو بالنهار . . فلا ؛ لأنه وقت كسبها .

وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ أَوْ نَكَحَتْ عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ . . فَلَهَا ٱلْفَسْخُ بَعْدَهُ . وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ بِٱلْمَهْرِ . . فَلاَ . وَلاَ فَسْخَ لِوَلِيِّ صَغِيرَةٍ وَمَجْنُونَةٍ بِإِعْسَارٍ بِمَهْرٍ وَنَفَقَةٍ . . .

فإن قيل : كان ينبغي إذا سقط استمتاعه نهاراً أن تسقط النفقة كالأمة إذا سلمت ليلاً فقط . . فالجواب : أن المنع في الأمة من جهتها ، وهنا المنع من جهته .

قال : (**ولو رضيت بإعساره أو نكحت عالمة بإعساره . . فلها الفسخ بعده**) أي : بعد رضاها به ؛ لأن الضرر يتجدد كل يوم ، فرضاها بالآتي إسقاط للشيء قبل ثبوته ، ولا أثر لقولها : رضيت بإعساره أبداً ؛ لأنه وعد لا يلزم الوفاء به ، لـٰكن يستثنىٰ يوم الاختيار فلا خيار لها فيه ، صرح به البندنيجي والبغوي في « الفتاوىٰ » .

وإذا رضيت بالمقام معه . . لم يلزمها تمكينه ، ولها الخروج كما تقدم ، فإن مكنت . . ثبت لها في ذمته ما على المعسر من طعام وإدام وغيرهما .

قال : (**ولو رضيت بإعساره بالمهر . . فلا**) أي : لا فسخ لها بعد ذلك ؛ لأن الضرر لا يتجدد بخلاف النفقة .

ولو نكحت عالمة بإعساره بالمهر . . فهل لها الفسخ؟ وجهان :

رجح الشيخ منهما المنع كما لو رضيت به في النكاح ثم بدا لها .

والثاني ـ وهو المنصوص الذي أورده الماوردي وجماعة ـ : نعم ، وليس لها الامتناع بعد الدخول إذا مكّنّاها من الفسخ واختارت المقام .

ولا بد في الفسخ بالإعسار بالصداق من المرافعة إلى القاضي كما في النفقة ، والخيار فيه بعدها على الفور ، فلو أخرت . . سقط .

قال : (**ولا فسخ لولي صغيرة ومجنونة بإعسار بمهر ونفقة**) وإن كان فيه مصلحتهما ؛ لأن ذلك لا يدخل تحت الولاية .

وأفهم أنه ليس لولي البالغة ذلك من باب أولىٰ ، والسفيهة البالغة هنا كالرشيدة ، وفي هـٰذه الحالة ينفق عليهما من مالهما ، فإن لم يكن . . أنفق من عليه نفقتهما كنفقة الخلية .

وَلَوْ أَعْسَرَ زَوْجُ أَمَةٍ بِٱلنَّفَقَةِ . . فَلَهَا ٱلْفَسْخُ ، فَإِنْ رَضِيَتْ . . فَلاَ فَسْخَ لِلسَّيِّدِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَهُ أَنْ يُلْجِئَهَا إِلَيْهِ بِأَنْ لاَ يُنْفِقَ عَلَيْهَا ، وَيَقُولَ : ٱفْسَخِي أَوْ جُوعِي .

قال : (**ولو أعسر زوج أمة بالنفقة . . فلها الفسخ**) كما أنها تفسخ بالجب والعنة ، وهـٰذا لأنها صاحبة حق في تناول النفقة .

قال الرافعي والمصنف : لو أرادت الفسخ . . لم يكن للسيد منعها ، فإن ضمن النفقة . . فهو كالأجنبي يضمنها . اهـ

وهـٰذا عجيب كيف يضمن رب الدين دينه .

قال : (**فإن رضيت . . فلا فسخ للسيد في الأصح**) ؛ لأن النفقة في الأصل لها ثم يتلقاها السيد .

والثاني : له الفسخ ؛ لأن الملك في النفقة له ، وضرر فواتها يعود إليه ، وكذلك الحكم لو كانت صغيرة أو مجنونة .

وفي وجه ثالث : له الفسخ في الصغيرة والمجنونة دون المكاتبة .

والخصومة في نفقة المدة الماضية للسيد لا لها كالصداق ، وإنما حقها في النفقة الحاضرة والمستقبلة .

ولو أقرت الأمة بقبضها وأنكره السيد . . فالمنصوص : أن القول قولها ، وفيه وجه : أن القول قوله .

ولو كانت مبعضة . . فالظاهر : أنها كالقنة وأولىٰ بأن الفسخ لها لا للسيد .

وإن كانت مكاتبة كتابة صحيحة . . فهل يجري الوجهان فيها ، أو يقال : الأمر مفوض إليها لاستقلالها ، أو يقال : إن كان الحظ لها في الفسخ . . استقلت به؟ في كل ذلك احتمال .

قال : (**وله أن يلجئها إليه بأن لا ينفق عليها ، ويقول : افسخي أو جوعي**) ؛ لأنه لا تلزمه نفقتها وهي مزوجة مسلمة إلى الزوج .

تتمة :

كل هـٰذا في حق المكلفة ، أما الصغيرة والمجنونة . . فيمتنع إلجاؤها .

فَصْلٌ :

تَلْزَمُهُ نَفَقَةُ ٱلْوَالِدِ وَإِنْ عَلاَ ، . . . .

واحترز بـ(النفقة) عن إعساره بالمهر ؛ فلا يثبت لها الفسخ به ، بل هو للسيد على الصحيح ؛ لأنه محض حقه ، ولو أعسر زوج الأمة بالكسوة . . فالحكم كذلك فيه ، كالإعسار بالنفقة ؛ لأن الكسوة من ضرورتها .

ولو عجز عن نفقة أم ولده . . قال أبو زيد : يجبر علىٰ عتقها أو تزويجها ، والأصح : أنه لا يجبر علىٰ ذلك ، بل يخليها لتكتسب وتنفق علىٰ نفسها .

قال : (**فصل :**

تلزمه نفقة الوالد وإن علا) ، هـٰذا هو السبب الثاني للنفقة وهو : القرابة ، والموجب لها عندنا قرابة البعضية خاصة ، فتجب للوالد على الولد وبالعكس ، فمتىٰ كان المنفق عليه بعضاً من المنفق بأن كان أحد أصوله أو فروعه . . وجب ، ولا فرق في الطرفين بين الذكور والإناث فتجب نفقة الوالد وإن علا جداً كان أو جدة ، وارثاً كان أو غير وارث ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ ومن المعروف القيام بكفايتهما .

ولقوله تعالىٰ : ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « أطيب ما يأكل الرجل من كسبه ، وولده من كسبه ، فكلوا من أموالهم » حسنه الترمذي [١٣٥٨] وصححه الحاكم [٢/٤٦] .

ويدل له قوله تعالىٰ : ﴿ مَآ أَغْنَىٰ عَنْهُ مَالُهُۥ وَمَا كَسَبَ ﴾ يعني : ولده[(١)] ، وبالقياس علىٰ نفقة الأولاد ، بل أولىٰ ؛ لأن حرمة الوالد أعظم ، والأجداد والجدات ملحقون بهما إن لم يدخلوا في عموم ذلك كما ألحقوا بهما في العتق بالملك وسقوط القود عنهم بالقتل ورد الشهادة ؛ لوجود البعضية .

---

(١) في هامش (و) : (روى الحاكم في « المستدرك » [٢/٥٣٩] : أن أولاد أبي لهب اختصموا إلى ابن عباس وتنازعوا وتدافعوا ، فقام ابن عباس ليحجز بينهم ، فدفعوه فوقع علىٰ فراشه ـ وكان قد كف بصره ـ فغضب وصاح : أخرجوا عني الكسب الخبيث) .

قال : (**والولد وإن سفل**) أي : الحر ذكراً كان المنفق أو أنثىٰ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ وقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ﴾ الآية ، وقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ فلما لزمت أجرة الرضاع . . كانت النفقة ألزم .

وعند مالك : لا نفقة على الأم بحال ، وهو وجه شاذ عندنا .

وكما تجب نفقة الأولاد تجب نفقة الأحفاد ، وعند مالك : لا نفقة على الجد بحال .

وكما تجب نفقة الوالدين . . تجب نفقة الأحفاد والجدات ، خلافاً لمالك .

وفي « الصحيحين » : « خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك » .

وكما تلزمه نفقة أبيه . . تلزمه نفقة عبده المحتاج لخدمته ، وكذا زوجة أبيه كما قدمه في (باب الإعفاف) ، بخلاف زوجة الابن على الأصح ، لـٰكن يستثنىٰ ما لو كان القريب عبداً . . فلا ينفق علىٰ قريبه ، وكذلك إذا كان مكاتباً لا تلزم ولده نفقته على الأصح في زوائد « الروضة » ؛ لبقاء أحكام الرق .

ووقع للشيخين في أوائل (قسم الصدقات) أن نفقته على القريب ، والمعتمد ما تقدم .

نعم ؛ لو كان للمكاتب ولد من أمته . . وجبت عليه نفقته ، لأنه تابع له يعتق بعتقه ، ويعود للسيد إذا رق .

وفي المبعض وجهان :

أصحهما : أنه تلزمه نفقة القريب ؛ لأنها كالغرامات .

والأصح : أنه ينفق نفقة كاملة كالحر ، وقيل : بحسب حريته .

قال : (**وإن اختلف دينهما**) أي : المنفق والمنفق عليه ؛ لعموم الأدلة ووجود الموجب وهو البعضية كالعتق والشهادة .

وفارق الميراث ؛ فإنه مبني على المناصرة ، وهي مفقودة عند اختلاف الدين .

بِشَرْطِ يَسَارِ ٱلْمُنْفِقِ بِفَاضِلٍ عَنْ قُوتِهِ وَقُوتِ عِيَالِهِ فِي يَوْمِهِ . . . .

وفي وجه ـ حكاه الجوري قولاً ـ : لا تجب على المسلم نفقة القريب الكافر ؛ لأنها لإبقاء المهجة ، ولا يجب إبقاء مهجة الكافر .

وأوجب أبو حنيفة نفقة كل ذي محرم بشرط اتفاق الدين في غير الأبعاض ؛ تمسكاً بقوله تعالىٰ : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ .

وأجاب الشافعي بأن المراد مثل ذلك في نفي المضارة كما قرره ابن عباس وهو أعلم بكتاب الله .

واعتبر أحمد العصوبة ، وقال مالك : لا نفقة على الجد ولا له كيف كان .

ومحل الوجوب في صورة الكتاب في المعصوم ، فالمرتد والحربي لا نفقة لهما .

وأفتى ابن الصلاح بأن الابن لا تلزمه نفقة أب إسماعيلي مُصِرٍّ علىٰ إلحاده ، كما لا يبذل الماء للمرتد العطشان ، وكل من يكفر ببدعته كذلك .

قال : (**بشرط يسار المنفق**) ؛ لأنها وجبت مواساة فاعتبر فيها اليسار ، بخلاف نفقة الزوجة ؛ فإنها معاوضة .

وقيل : لا يشترط يسار الوالد في نفقة ولده الصغير ، فيستقرض عليه ويؤمر بوفائه إذا أيسر كنفقة الزوجة ؛ لأنه من توابع النكاح .

قال : (**بفاضل عن قوته وقوت عياله**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء . . فلأهلك ، فإن فضل عن أهلك شيء . . فلذي قرابتك » رواه مسلم .

ومراد المصنف بـ(العيال) : الزوجة ، وفي معناها من يخدمها وأم الولد ، ولو عبر بحاجته وحاجة عياله . . كان أعم من القوت .

وعلم من ذلك أنه لا يشترط أن يكون فاضلاً عن الدين ؛ فقد صرح الأصحاب في (باب الفلس) بوجوب نفقة القريب مع الديون ، ووقع في كلام الرافعي في أوائل (قسم الصدقات) ما يوهم خلافه ، وليس بمراد .

قال : (**في يومه**) كما يعتبر ذلك في المفلس ، والمراد : يوم والليلة التي تليه ؛ لأن من لا يفضل عنه شيء بعد ذلك . . محتاج إلى المواساة ، فلا يواسي غيره .

قال : (**ويباع فيها ما يباع في الدين**) من العقار وغيره[1] ؛ لأن النفقة حق مالي لا بدل له فأشبهت الدين .

وعند أبي حنيفة : لا يباع العقار .

وقيل : لا يباع الخادم والمسكن كما لا يباعان في الدين ، وبه قال أبو حنيفة أيضاً .

وفي كيفية بيع العقار وجهان :

أحدهما : يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة .

والثاني : يستقرض إلىٰ أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له فيباع ، فلو لم يجد من لا يشتري إلا الجميع وتعذر الاستقراض . . بيع الجميع ، وقد تقدم نظيره في (نفقة المرهون) .

قال : (**ويلزم كسوباً كسبها في الأصح**) ؛ لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذلك إحياء بعضه ، وليست النفقة كالدين ؛ فإن قدرها يسير والدين لا ينضبط قدره .

والثاني : لا يلزمه كما لا يلزمه الاكتساب لقضاء الدين .

والثالث : يكلف الوالد أن يكتسب لأجل الولد دون عكسه .

والرابع : تجب للولد الصغير دون البالغ .

والخامس : تلزم الأب دون الأم ؛ لعجزها غالباً عن الاكتساب .

قال الإمام : وموضع الخلاف إذا كان المنفق عليه عاجزاً عن الكسب ، فإن قدر . . لم تجب علىٰ قريبه وجهاً واحداً ، وجعله ابن يونس فيمن لم تجر عادته بالاكتساب ، فإن جرت . . لزمه قطعاً .

وإطلاق غيرهما يقتضي طرده مطلقاً ، وعلىٰ كل حال : لا يكلف القريب أن يسأل الناس ، ولا أن يقبل الهبة والوصية ، فلو فعل وصار بذلك غنياً . . لزمه مؤنة قريبه .

وكذا لو أعطي من الزكاة ما يستغني به وفضل عن حاجته . . أنفق علىٰ غيره .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَلاَ تَجِبُ لِمَالِكِ كِفَايَتَهُ وَلاَ بِمُكْتَسِبِهَا . وَتَجِبُ لِفَقِيرٍ غَيْرِ مُكْتَسِبٍ إِنْ كَانَ زَمِناً أَوْ صَغِيراً أَوْ مَجْنُوناً ، وَإِلاَّ . . فَأَقْوَالٌ ، أَحْسَنُهَا : تَجِبُ ، وَٱلثَّالِثُ : لِأَصْلٍ لاَ فَرْعٍ . قُلْتُ : ٱلثَّالِثُ أَظْهَرُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وينبغي إذا فرض القاضي نفقة القريب. . لا يجب الاكتساب لها ؛ لأنها بفرض القاضي صارت ديناً كما سيأتي ، والدين لا يجب الاكتساب له .

قال : (**ولا تجب لمالك كفايته**) ؛ لاستغنائه عنها .

قال : (**ولا بمكتسبها**) ؛ لأنه غني بكسبه .

هـٰذا إذا اكتسب تمام كفايته ، فإن قدر علىٰ بعض الكفاية . . استحق القدر المعجوز عنه .

قال : (**وتجب لفقير غير مكتسب إن كان زمناً أو صغيراً أو مجنوناً**) ؛ لعجزه عن كفاية نفسه ، وفي معناه : العاجز بالمرض والمغمىٰ عليه ، فإذا بلغ الصغير حداً يمكن أن يتعلم حرفة أو يحمل على الاكتساب. . فللولي أن يحمله عليه وينفق عليه من كسبه ، فإن هرب من الحرفة أو ترك الاكتساب في بعض الأيام. . فعلى الأب الإنفاق عليه .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن غير المكتسب صغيراً ولا مجنوناً ولا زمناً (. . **فأقوال : أحسنها : تجب**) للأصل والفرع ؛ لأنه يقبح بالإنسان أن يكلف قريبه الكسب مع اتساع ماله ، وبهـٰذا قال أحمد ، قال الرافعي : والفتوى اليوم عليه .

والقول الثاني : المنع ؛ لأنه قادر على الاكتساب مستغن عن أن يُحمِّل غيره كَلَّه ، وصححه الغزالي .

قال : (**والثالث : لأصل لا فرع ، قلت : الثالث أظهر والله أعلم**) ؛ لعموم قوله تعالىٰ : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفاً ﴾ وليس من المعروف تكليفهما الكسب مع كبر السن ، وهـٰذا هو المصحح في « الشرحين » ، ولا فرق في ذلك بين الابن والبنت .

وقال أبو حنيفة ومالك : لا تجب للابن وتجب للبنت إلىٰ أن تتزوج ؛ لعجزها عن الاكتساب ، ثم لا يعود استحقاق النفقة بالطلاق عند أبي حنيفة .

وعند مالك : إن كان الطلاق قبل الدخول . . عاد الاستحقاق ، وإلا . . فلا .

وقدرة الأم أو البنت على النكاح لا تسقط نفقتها ، فإذا تزوجت . . سقطت بالعقد وإن كان الزوج معسراً إلىٰ أن يفسخ الحاكم النكاح ؛ لئلا يجمع بين نفقتين ، فلو نشزت وهي في عصمة الزوج . . لم تستحق النفقة على القريب ؛ لقدرتها على النفقة بطاعة الزوج .

فرع :

إذا كان مال الولد الصغير غائباً . . لزم الوالد أن ينفق عليه قرضاً موقوفاً ، فإذا وصل ماله . . رجع بما أنفق ، سواء أنفق بإذن الحاكم أم بغير إذنه إذا قصد الرجوع ، فإن هلك المال قبل قدومه . . لم يرجع عليه بما أنفق من حين تلف المال ؛ لأنه بان أن نفقته واجبة عليه .

قال : (**وهي الكفاية**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « خذي ما يكفيك ويكفي بنيك » فتعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته ، ويعطيه ما يستقل به ويتمكن من التردد والتصرف ويدفع ألم الجوع ، ولا يجب الإشباع التام .

وعن ابن خيران أنها تتقدر بمد كزوجة المعسر ، وظاهر نص « الأم » يشهد له .

ودخل في الكفاية : القوت والأدم ؛ لأن الخبز البحت يسقط القوة ، وخالف البغوي في الأدم ، ويجب من المسكن والخادم والكسوة ما يحتاج إليه .

وذكر الرافعي في (قسم الصدقات) أنه تجب أجرة الفصد والحجامة والطبيب وشراء الأدوية ؛ لأنها من جملة المؤن المحتاج إليها .

وإذا سلمت نفقة القريب إليه فتلفت في يده . . فعليه الإبدال ، وكذا لو أتلفها بنفسه ، لـٰكن يؤخذ منه الضمان إذا أيسر في المسألة الثانية ، وهو وإن كان مشكلاً لكونه قبض العين لغرض نفسه إلا أنه المنقول ؛ فقد صرح به هـٰكذا الشيخان والبغوي وابن الرفعة .

قال : (**وتسقط بفواتها**) أي : بمضي الزمان وإن تعدى المنفق بالمنع ؛ لأنها

وجبت لدفع الحاجة الناجزة كما سبق ، لكن يستثنىٰ صورتان :

إحداهما : إذا نفى الولد ثم استلحقه . . فإن أمه ترجع عليه بالنفقة .

والثانية : نفقة الحمل لا تسقط بمضي الزمان وإن جعلنا النفقة له ؛ لأن الزوجة لما كانت تستوفيها . . ألحقت بنفقتها .

قال : (**ولا تصير ديناً**) ؛ لأنها من باب المواساة ، فإذا اندفعت الحاجة من غير جهة القريب . . حصل المقصود ، ولا يثبت في ذمة القريب شيء وإن تعدىٰ بامتناع الإنفاق عليه .

قال الإمام : ومن ثمرة ذلك : أنه لا يجب عليه تسليم النفقة له ، فلو قال : كل معي . . كفىٰ ، وإن أعطاه نفقة أو كسوة . . لم يجز أن يملكها لغيره .

قال : (**إلا بفرض قاض أو إذنه في اقتراض لغيبة أو منع**) ؛ فإنها تصير ديناً بذلك ، كذا في « الوسيط » و« الوجيز » وكتب الرافعي والمصنف ، ولم يتعرض له غير هـٰؤلاء من الأصحاب ، ولم يحكه ابن الرفعة مع كثرة اطلاعه إلا عن الرافعي .

وقال المتولي : لا تستثنىٰ إلا مسألة الاستقراض ، وكذا القاضي أبو الطيب في « شرح الفروع » والجرجاني والبغوي والروياني .

وممن صرح بالمنع مع فرض القاضي ابن القاص والقاضي أبو الطيب وأبو حاتم القزويني والشيخ أبو إسحاق في « التذكرة في الخلاف » والشيخ نصر المقدسي والمحاملي ومحمد بن يحيىٰ والبندنيجي .

وعبارة « الوجيز » : لا تستقر إلا بفرض قاض ، وتبعه علىٰ ذلك في « المحرر » و« المنهاج » ، فيحتمل أن يكون بالقاف ؛ أي : اقتراضه ؛ لأن نفقة القريب إمتاع ، وما لا تمليك فيه يستحيل مصيره ديناً في الذمة ، وأيضاً الزمن الماضي قد حييت نفسه فيه فلا معنىٰ لإيجاب نفقته .

قال بعض الشارحين : والحق أن فرض القاضي بمجرده لا يؤثر عندنا بلا خلاف ، ومن القضاة من يلزم بمقتضاه ، وهو غلط ، بل أكثر الفروض يكتبها الشهود : فرض فلان علىٰ نفسه لولده كذا ، من غير حاكم ولا إذن من الفارض باستدانة عليه وإنفاق

ورجوع ولا غير ذلك ، ولا ريب أن وجود ذلك كعدمه .

وقوله : (أو إذنه في اقتراض) يقتضي أنه بمجرد الإذن يصير ديناً[1] ، ومحل الرجوع إذا استقرضت وأنفقت ، فلو تأخر الاستقراض بعد إذن القاضي ومضىٰ زمن . . لم يستقر فيه .

ولو لم يكن هناك حاكم واستقرضت الأم عنه وأشهدت . . فعليه قضاء ما استقرضته ، وإن لم تشهد . . فوجهان : مقتضىٰ كلام الرافعي في (باب زكاة الفطر) ترجيح أنها لا ترجع ، وإذا وجبت نفقة الأب أو الجد على الصغير أو المجنون . . أخذاها من ماله بحكم الولاية ، والأم لا تأخذ إلا بإذن الحاكم ، وكذا الابن إذا وجبت نفقته على الأب المجنون .

وإذا امتنع القريب من نفقة قريبه . . فللمستحق الأخذ من ماله إن وجد جنسه ، وكذا غير جنسه في الأصح .

قال : (**وعليها إرضاع ولدها اللبأ**)[2] وهو بالهمز : اللبن النازل أوائل الولادة ؛ لأن الولد لا يعيش بدونه ، ولبأ غيرها لا يغني فألحق بطعام المضطر .

قال الرافعي : كذا أطلقوه ، وكأنهم أرادوا الغالب أو أنه لا يقوىٰ ولا يشتد إلا به ، وإلا . . فشاهدنا من يعيش بدونه ، وأنكر القاضي أبو الطيب ذلك قبل الرافعي .

ثم لها أن تأخذ عليه أجرة إن كان لمثله أجرة كبدل الطعام للمضطر ببدله .

وقال في « الحاوي » : لو قيل : لا أجرة لها ؛ لأنه حق واجب عليها . . لكان له وجه ، وجعل الرافعي هـٰذا الاحتمال وجهاً ، وبه جزم صاحب « الكافي » .

---

(١) في هامش (م) : (أي : وليس كذلك) .

(٢) في هامش (د) : (**فائدة** : قال الجوهري : اللِّبَأُ علىٰ فِعَل بكسر الفاء وفتح العين : أول اللبن في النتاج ، تقول : لَبَأْتُ لَبْأً بالتسكين إذا حلبت الشاة لِبَأً ، ولَبَأْتُ القوم أيضاً : أطعمتهم اللِّبَأَ ، وأَلْبَأَ القوم : كثر عندهم اللِّبَأُ) .

وفي هامش (و) : (في كتاب « اللبأ واللبن » لأبي زيد الأنصاري النحوي قال : العرب تقول في صفة اللبأ : مهموز مقصور ، وأكثر ما يكون ثلاث حلبات ، وأقله حلبة) .

ثُمَّ بَعْدَهُ إِنْ لَمْ يُوجَدْ إِلاَّ هِيَ أَوْ أَجْنَبِيَّةٌ . . وَجَبَ إِرْضَاعُهُ ، وَإِنْ وَجِدَتَا . . لَمْ تُجْبَرِ ٱلأُمُّ ، فَإِنْ رَغِبَتْ وَهِيَ مَنْكُوحَةُ أَبِيهِ . . فَلَهُ مَنْعُهَا فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : لَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا ، وَصَحَّحَهُ ٱلأَكْثَرُونَ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وقل من تعرض لمدة إرضاع اللبأ ، وعبارة « البيان » : وعليها أن تسقيه اللبأ حتىٰ يرویٰ ، وظاهرها الاكتفاء بمرة واحدة .

وقال الرافعي في (القصاص) : مدة إرضاع اللبأ مدة يسيرة . اهـ

والظاهر : أن الرجوع في ذلك إلى العرف .

قال : (**ثم بعده**) أي : بعد إرضاعه اللبأ (**إن لم يوجد إلا هي أو أجنبية . . وجب إرضاعه**) أي : على الأم في الأولىٰ وعلى الأجنبية في الثانية ؛ إبقاء للولد ، ولهما طلب الأجرة من ماله إن كان ، وإلا . . فمن أبيه .

قال : (**وإن وجدتا . . لم تجبر الأم**) سواء كانت في نكاح الأب أم لا ، وسواء كانت ممن ترضع مثلها الولد أم لا ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ ، وإذا امتنعت . . حصل التعاسر ، ولأنه في حق الصغير بمنزلة النفقة في حق الكبير ، وهي لا تجب على الأم في يسار الأب ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد .

وعن مالك : روايتان .

قال : (**فإن رغبت وهي منكوحة أبيه . . فله منعها في الأصح**) ؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها في وقت الرضاع ، لـٰكن يكره له المنع .

واحترز بـ(منكوحة الأب) عما إذا كانت بائناً منه ؛ فإنها إن تبرعت . . لم يكن له انتزاعه منها ، وإن طلبت أجرة . . فهي كالتي في نكاحه .

وقيل : ليس له استئجارها ، واستدل له الرافعي وابن الرفعة بقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ وهو سهو منهما ؛ فإن الآية في المطلقات لأن أولها : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ .

قال : (**قلت : الأصح : ليس له منعها ، وصححه الأكثرون والله أعلم**) ؛ لأن فيه إضراراً بالولد لأنها عليه أشفق ، ولبنها أصلح له وأوفق .

فَإِنِ ٱتَّفَقَا وَطَلَبَتْ أُجْرَةَ مِثْلٍ . . أُجِيبَتْ ، أَوْ فَوْقَهَا . . فَلاَ ، وَكَذَا إِنْ تَبَرَّعَتْ أَجْنَبِيَّةٌ أَوْ رَضِيَتْ بِأَقَلَّ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَمَنِ ٱسْتَوَىٰ فَرْعَاهُ . . ٱتَّفَقَا ، . . . .

ووقع في « الكفاية » نسبة الأول إلى الأكثرين ، وهو سهو .

فإن قلنا : ليس له المنع أو توافقا عليه . . فهل تزاد نفقتها للإرضاع؟ فيه وجهان : أصحهما في « الروضة » : لا .

قال : (**فإن اتفقا**) أي : علىٰ أن الأم ترضعه (**وطلبت أجرة مثل . . أجيبت**) ، بل هي أولىٰ من غيرها ؛ لوفور شفقتها ، وهـٰذا مبني على الأصح ، وهو أن للزوج استئجار زوجته لإرضاع ولده .

وقال العراقيون : لا يجوز ؛ لأنه يستحق منفعتها في تلك الحالة فلا يجوز أن يعقد عليها عقداً آخر يمنع استيفاء الحق ، ثم إن لم يمنع الإرضاع الاستمتاع ولم ينقصه . . كان لها مع الأجرة النفقة ، وإلا . . فلا نفقة ، قاله البغوي وغيره .

قال : (**أو فوقها . . فلا**) ؛ لتضرره ، وله في هـٰذه الحالة استرضاع أجنبية .

قال : (**وكذا إن تبرعت أجنبية أو رضيت بأقل**) من أجرة المثل (**في الأظهر**) ؛ لأن في تكليفه الأجرة مع المتبرعة أو الزيادة عليها إضراراً به ، وقد قال تعالىٰ : ﴿ **وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ** ﴾ .

والثاني : تجاب الأم ؛ نظراً لها وللطفل ، واختاره المزني ، وصححه الجرجاني تبعاً لـ« التنبيه » ، ويدل له عموم قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ .

وإذا قلنا بالأظهر أنها لا تجاب إذا وجدت متبرعة ، فاختلفا فقال الأب : وجدتها ، وأنكرت . . فهو المصدق بيمينه على النص ؛ لأنه تشق عليه البينة .

قال : (**ومن استوىٰ فرعاه . . اتفقا**) ؛ لاستوائهما في موجب ذلك .

والمراد : استويا في القرب ، والوراثة أو عدمهما ، والذكورة والأنوثة كابنين أو بنتين ، سواء استويا في اليسار أم تفاوتا ، وسواء أيسرا بالمال أم بالكسب ، أو أحدهما بالمال والآخر بالكسب ، فإن كان أحدهما غائباً . . أخذ قسطه من ماله ، فإن لم يكن له مال . . اقترض عليه .

وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : أَقْرَبُهُمَا ، فَإِنِ ٱسْتَوَيَا . . فَبِٱلإِرْثِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱلثَّانِي : بِٱلإِرْثِ ثُمَّ بِٱلْقُرْبِ . . . .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يستويا فيما ذكرناه (. . **فالأصح أقربهما**) ؛ لأنه أولىٰ بالاعتبار ، فإن كان أحدهما أقرب . . فالنفقة عليه .

ولا فرق بين أن يكون الأقرب وارثاً أو غير وارث ، ولا بين أن يكون ذكراً أو أنثىٰ ، هـٰذه الطريقة المشهورة ، ويقابلها اعتبار الإرث .

قال : (**فإن استويا . . فبالإرث في الأصح**) ؛ لقوته كابن ابن وابن بنت ، فيلزم ابن الابن لقوة قرابته .

والثاني : لا أثر للإرث ، بل القرابة المجردة موجبة للنفقة ، والإرث غير مرعي في الباب .

قال : (**والثاني : بالإرث ثم بالقرب**) أي : المعتبر الإرث ، فإن فقد . . فالقرب ، وهـٰذه هي الطريقة الثانية ، فإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر . . فالنفقة على الوارث وإن كان غير الوارث أقرب ، فإن تساويا في الإرث وأحدهما أقرب . . فالنفقة على الأقرب ، وإن تساويا في القرب أيضاً . . فالنفقة عليهما ، ثم هل يستوي أو يراعىٰ قدر القرب؟ فيه الوجهان .

وإذا استويا في المنظور إليه هل يختص الذكر بالوجوب أو يستويان؟ وجهان .

أمثلته :

ابن وبنت : النفقة عليهما ، سواء اعتبرنا القرب أو أصل الإرث ، وإن اعتبرنا مقداره . . فعليهما أثلاثاً ، أو الذكورة . . فعلى الابن فقط .

بنت وابن ابن : هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة[1] .

ابن ابن وابن بنت : إن اعتبرنا القرب . . لزمهما ، أو الإرث . . فابن الابن .

---

(١) في هامش (م) : (وعليهما بالسوية إن اعتبرنا الإرث) .

وَٱلْوَارِثَانِ يَسْتَوِيَانِ أَمْ يُوَزَّعُ بِحَسَبِهِ ؟ وَجْهَانِ . وَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ . . فَعَلَى ٱلْأَبِ ، وَقِيلَ : عَلَيْهِمَا لِبَالِغٍ . أَوْ أَجْدَادٌ وَجَدَّاتٌ : إِنْ أَدْلَىٰ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ . . فَٱلْأَقْرَبُ ،

بنت ابن وابن بنت : إن اعتبرنا الإرث . . فبنت الابن ، أو الذكورة . . فابن البنت ، أو القرب . . فعليهما .

بنت وابن بنت : إن اعتبرنا الذكورة . . فابن البنت ، وإلا . . فالبنت إن اعتبرنا القرب أو الإرث .

قال : (**والوارثان يستويان أم يوزع بحسبه؟ وجهان**) وجه الأول : اشتراكهما في أصل الوراثة ، ووجه الثاني : إشعار زيادة الإرث بزيادة قوة القرابة ، ولم يصحح في « الروضة » وأصلها شيئاً منهما أيضاً .

وتقدم في (صلاة الجماعة) التنبيه علىٰ هـٰذا المكان .

وعبارة « الحاوي الصغير » : والتساوي وزع ، وهو الذي رجحه الرافعي في اجتماع الأصول .

مثال ذلك : ابن وبنت ، هل يلزمهما نصفين أو أثلاثاً؟ وجهان ، وهل تقدم بالذكورة؟ وجهان : أصحهما : لا ، خلافاً للعراقيين ، فيختص الابن عندهم بالإنفاق دون البنت .

قال : (**ومن له أبوان . . فعلى الأب**) هـٰذا عكس الفصل المتقدم فإذا اجتمع للمحتاج أب وأم . . فالنفقة على الأب ، أما إذا كان الابن صغيراً . . فلا خلاف ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ، وكذا إن كان بالغاً في الأصح ؛ استصحاباً للحكم الثابت في حال الصغر .

قال : (**وقيل : عليهما**) أي : نصفين (**لبالغ**) ؛ لاستواء القرب والولادة ، فلو اجتمع أب الأب مع الأم . . فالمذهب أنها على الجد ، وقيل : يلزم الأم لقربها ، وقيل : عليهما أثلاثاً ، وقيل : نصفين .

قال : (**أو أجداد وجدات : إن أدلىٰ بعضهم ببعض . . فالأقرب**) أي : فالنفقة على الأقرب بالاتفاق ؛ لأنه مقدم في الميراث وغيره ، فكذا هنا ، فيقدم الأب علىٰ أبيه ، وأمه والأم علىٰ أبيها وأمها .

وَإِلاَّ . . فَبِٱلْقُرْبِ ، وَقِيلَ : ٱلإِرْثُ ، وَقِيلَ : بِوِلاَيَةِ ٱلْمَالِ . وَمَنْ لَهُ أَصْلٌ وَفَرْعٌ . . فَفِي ٱلأَصَحِّ : عَلَى ٱلْفَرْعِ وَإِنْ بَعُدَ . أَوْ مُحْتَاجُونَ . . يُقَدِّمُ زَوْجَتَهُ . . .

قال : (**وإلا . . فبالقرب ، وقيل : الإرث ، وقيل : بولاية المال**) أشار إلىٰ أنه إذا لم يكن أحدهما يدلي بالآخر . . ففيه خمسة طرق :

أصحها : يقدم بالقرب على النحو المتقدم في الفروع .

والثاني : بالإرث .

والثالث : بولاية المال ، فإن لم يكن لواحد منهما ولاية . . قدم من يدلي بالولي أو من هو أقرب إدلاء بالولي ، فإذا استويا في الإدلاء . . اعتبر القرب .

والرابع : تقدم بالذكورة .

والخامس : بالإرث والذكورة معاً ، وهـٰذه الطرق هي الطرق المتقدمة في الفروع ، إلا الطريق الثالث وهي ولاية المال ؛ فإنها لا تأتي ، ثم قال :

(**ومن له أصل وفرع . . ففي الأصح : على الفرع وإن بعد**) ؛ لأن عصوبته أقوىٰ ، وسواء كان الفرع وارثاً أو غير وارث ، قريباً أو بعيداً .

والثاني : أنها على الأب استصحاباً لما كان في الصغر .

والثالث : عليهما ؛ لاستوائهما في القرب ، ولتعارض المعاني .

فرع :

أخوان لهما أب وجد ولا يقدر الأب إلا علىٰ نفقة أحدهما . . لزمه نفقته وعلى الجد نفقة الآخر ، فإما أن يشتركا في الإنفاق عليهما ، أو يختص كل بالإنفاق علىٰ واحد ، فإن اختلفا . . أجيب من طلب الاشتراك .

قال : (**أو محتاجون**) أي : اجتمع على الشخص الواحد محتاجون تلزمه نفقة كل منهم ، لـٰكنه لا يقدر إلا علىٰ كفاية بعضهم .

قال : (. . **يقدم زوجته**) ؛ لأنها آكد ؛ إذ نفقتها لا تسقط بمضي الزمان ، هـٰذا الذي أطبق عليه الأصحاب ، وٱعترض الإمام بأنها إذا كانت كذلك . . كانت كالديون ،

ثُمَّ ٱلأَقْرَبَ ، وَقِيلَ : ٱلْوارِثَ ، وَقِيلَ : ٱلْوَلِيَّ . . . .

ونفقة القريب في مال المفلس مقدمة عليها ، فخرَّج احتمالاً في تقديم نفقة القريب ، وأيده بالحديث المتقدم أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن معي ديناراً ، قال : « أنفقه علىٰ نفسك » ، قال : معي آخر ، قال : « أنفقه علىٰ ولدك » ، قال : معي آخر ، قال : « أنفقه علىٰ أهلك » فقدم الولد على الأهل ، كذا رواه أبو داوود [١٦٨٨] ، لـٰكن رواه النسائي [سك ٩١٣٧] بتقديم الزوجة على الولد فتعارضت الروايتان .

وفي وجه : أن نفقة الطفل تقدم عليها ؛ لاحتياجه .

قال : (**ثم الأقرب**) أي : فالأقرب (**وقيل : الوارث ، وقيل : الولي**) المراد : أنه يقدم بعد نفقة الزوجة الأقرب أو الوارث أو الولي ، فيه الطرق المتقدمة .

مثاله : ابن بنت ، وابن ابن ابن ، وأبوان : فهي للأول على الأول وللثاني على الثاني وللثالث على الثالث .

تتمة :

عنده ما ينفق علىٰ واحد ، وله أب وأم . . تقدم الأم على الأصح ؛ لامتيازها عن الأب بالحمل والوضع والرضاع والتربية ، ولذلك كان لها ثلاثة أرباع البر بالاتفاق ؛ لما روى الشيخان [خ ٥٩٧١ـ م ٢٥٤٨] عن أبي هريرة : أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أي الناس أحق بحسن صحابتي؟ قال : « أمك » قال : ثم من قال : « أمك » قال : ثم من قال : « أمك » قال : ثم من قال : « أبوك » .

والوجه الثاني : يقدم الأب مكافأة له ؛ لتقدمه في وجوب النفقة عليه مع امتيازه بالعصوبة .

والثالث : يستويان ؛ لاستوائهما في القرابة والدرجة .

وفي زكاة الفطر يقدم الأب عليها في الأصح كما تقدم في بابه ؛ فإنها تطهير والأب به أولىٰ[1] .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

فَصْلٌ :

ٱلْحَضَانَةُ : حِفْظُ مَنْ لاَ يَسْتَقِلُّ وَتَرْبِيَتُهُ . وَٱلإِنَاثُ أَلْيَقُ بِهَا ، وَأَوْلاَهُنَّ : أُمٌّ .

قال : (**فصل** :

الحضانة : **حفظ من لا يستقل**) أي : عما يؤذيه ، وهي بفتح الحاء : مأخوذة من الحضن بكسرها وهو الجنب ؛ لأنها تضمه إلىٰ حضنها ، وتنتهي بالتمييز ، ثم بعده إلى البلوغ تسمىٰ كفالة ، قاله الماوردي .

والمراد : من لا يستقل بأمر نفسه ؛ لعدم تمييزه ، ليشمل الطفل والكبير المجنون ومن به خبل وقلة تمييز .

والأصل فيها : قوله تعالىٰ : ﴿ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾ والأحاديث الآتية في الباب .

قال : (**وتربيته**) التربية : التنمية وحسن القيام عليه حتىٰ يفارق الطفولية ، بالقيام بتعهده من طعامه وشرابه ، وقضاء حاجته ، وغسل بدنه وثيابه من النجاسة والوسخ ، وتنويمه وتمريضه وتحنيكه وتمشيطه ، وغسل وجهه وأطراف يديه ، ونحو ذلك من مصالحه .

قال : (**والإناث أليق بها**) مع أنها نوع ولاية وسلطنة ؛ لأنهن أهدىٰ إلى التربية ، فهن بها أخبر وعليها أصبر لفرط حنوهن .

ومؤنة الحضانة علىٰ من تجب عليه النفقة ، ولهـٰذا ذكرت عقيب النفقات ، وقيل : لا أجرة لها بعد الفطام .

قال : (**وأولاهن** : **أم**) ؛ لوفور شفقتها ، وروى الحاكم [٢/٢٠٧] وأبو داوود [٢٢٧٠] عن ابن عمرو : أن امرأة قالت : يا رسول الله ؛ إن ابني هـٰذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تنكحي » .

فإذا امتنعت الأم . . لم تجبر ؛ لأن من ترك حقه . . لم يجبر على استيفائه ، فإذا وجبت عليها بأن لم يكن أب وإن علا ولا مال له . . فتجبر كما يجبر من امتنع من الحق .

ثُمَّ أُمَّهَاتٌ يُدْلِينَ بِإِنَاثٍ يُقَدَّمُ أَقْرَبُهُنَّ . وَٱلْجَدِيدُ : تُقَدَّمُ بَعْدَهُنَّ أُمُّ أَبٍ ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا ٱلْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ ثُمَّ أُمُّ أَبِي أَبٍ كَذَٰلِكَ ، ثُمَّ أُمُّ أَبِي جَدٍّ كَذَٰلِكَ . وَٱلْقَدِيمُ : ٱلْأَخَوَاتُ وَٱلْخَالاَتُ يُقَدَّمْنَ عَلَيْهِنَّ . . . .

نعم ؛ يستثنىٰ من إطلاق المصنف ما لو كان للمحضون زوجة كبيرة وكان له بها استمتاع أو لها به استمتاع . . فإنها أولىٰ بكفالته من جميع الأقارب ، وإن لم يكن استمتاع . . فالأقارب أولىٰ ، قاله الروياني وغيره ، وسكتا عليه في « الشرح » و« الروضة » ، لـٰكن أفتى الشيخ تاج الدين الفزاري بخلافه .

ومنها : اجتمع على الطفل أبواه ، فإن كانا باقيين على النكاح . . كان الطفل معهما يقومان بكفايته ، الأب بالإنفاق والأم بالحضانة والإرفاق ، وإن افترقا بفسخ أو طلاق . . فالحضانة للأم بالاتفاق .

وقال ابن كَجٍّ : تثبت لبنت الرقيق حضانته إذا لم يكن له أبوان .

ولا حق للمحرم بالرضاع في الحضانة ولا في الكفالة ، ولا للمولىٰ وعصبته على المذهب .

قال : (**ثم أمهات يدلين بإناث**) ؛ لمشاركتهن إياها في تحقيق الإرث والولادة .

قال : (**يقدم أقربهن**) ؛ لوفور الشفقة .

قال : (**والجديد : تقدم بعدهن أم أب**) ؛ لمشاركتها للأم في المعنى المذكور ، وإنما قدمت عليها أمهات الأم وإن علون ؛ لأن الولادة فيهن محققة وفي أمهات الأب مظنونة ، ولأنهن أقوىٰ[(1)] من أمهات الأب ؛ لأنهن يسقطن بالأب .

قال : (**ثم أمهاتها المدليات بإناث**) أي : وارثات .

قال : (**ثم أم أبي أبٍ كذلك ، ثم أم أبي جد كذلك**) أي : يدلين بإناث ؛ لأن لهن ولادة ووراثة كالأم وأمهاتها .

قال : (**والقديم : الأخوات والخالات يقدمن عليهن**) أما الأخوات . . فلأنهن ركضن مع الطفل في صلب واحد وبطن واحدة ، وشاركنه في النسب ، فهن أشفق

---

(١) في هامش (م) : (أي : ميراثاً) .

وَتُقَدَّمُ أُخْتٌ عَلَىٰ خَالَةٍ ، وَخَالَةٌ عَلَىٰ بِنْتِ أَخٍ وَأُخْتٍ ، وَبِنْتُ أَخٍ وَأُخْتٍ عَلَىٰ عَمَّةٍ ، وَأُخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ عَلَىٰ أُخْتٍ مِنْ أَحَدِهِمَا . وَٱلأَصَحُّ : تَقْدِيمُ أُخْتٍ مِنْ أَبٍ عَلَىٰ أُخْتٍ مِنْ أُمٍّ ، وَخَالَةٍ وَعَمَّةٍ لِأَبٍ عَلَيْهِمَا لِأُمٍّ . وَسُقُوطُ كُلِّ جَدَّةٍ لاَ تَرِثُ . .

عليه ، وأما الخالات . . فلقوله عليه الصلاة والسلام في قصة ابنة حمزة : « الخالة بمنزلة الأم » رواه البخاري [٢٧٠٠] .

وقال السدي في قوله تعالىٰ : ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ ﴾ يعني : أباه وخالته .

وأجاب في الجديد بأن النظر هنا إلى الشفقة ، وهي في الجدات أغلب .

قال : (**وتقدم أخت**) أي : من أي جهة كانت (**علىٰ خالة**) ؛ لقربها .

قال : (**وخالة علىٰ بنت أخ وأخت**) ؛ لأنها كالأم .

قال : (**وبنت أخ وأخت علىٰ عمة**) كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم .

قال : (**وأخت من أبوين على أخت من أحدهما**) ؛ لأنها اشتملت علىٰ ما اشتمل عليه كل منهما وزيادة ، ولا يجري هنا خلاف تحميل العقل وولاية النكاح في التسوية بين الشقيق وغيره ؛ لأن للأنوثة مدخلاً في هـٰذا الباب ، فلذلك يرجح الشقيق .

قال : (**والأصح : تقديم أخت من أب علىٰ أخت من أم**) ؛ لقوة إرثها ، لأنها قد تصير عصبة ، وأجاز المزني وابن سريج تقديم الأخت على الأم ؛ لأنها تدلي بالأم فقدمت علىٰ من تدلي بالأب كما تقدم أم الأم علىٰ أم الأب .

قال : (**وخالة وعمة لأب عليهما لأم**) ؛ لقوة الجهة .

والثاني : تقدم الخالة للأم والعمة للأم عليهما ؛ لأن تقديم الأخت للأب على الأخت للأم كان لقوتها في الإرث ولا إرث هنا ، وقيل : لا حضانة للخالة للأب أصلاً ؛ لأنها تدلي بأب الأم فأشبهت أم أبي الأم ، أما عمات الأم . . فلا حضانة لهن ؛ لإدلائهن بذكر غير وارث .

قال : (**وسقوط كل جدة لا ترث**) وهي من تدلي بذكر بين أنثيين كأم أبي الأم ؛ لأنها أدلت بمن لا حق له في الحضانة فأشبهت الأجانب .

دُونَ أُنْثَىٰ غَيْرِ مَحْرَمٍ [كَبِنْتِ خَالَةٍ] . وَتَثْبُتُ لِكُلِّ ذَكَرٍ مَحْرَمٍ وَارِثٍ ....

والثاني : لهن الحضانة ، لٰكن يتأخرن عن كل امرأة تستحق الحضانة ، فتثبت لهن عند انفرادهن .

والثالث : أنها لهن ، لٰكن يتأخرن عن الجدات الوارثات ، ويتقدمن على الأخوات والخالات ؛ لأصالتهن .

وعلى المذهب : يستحق تقديمهن عند انفرادهن على الأجنبيات ، وفي معنى الجدة الساقطة كل محرم يدلي بذكر لا يرث كبنت ابن البنت وبنت العم لأم .

قال : (**دون أنثىٰ غير محرم [كبنت خالة]**) هٰذا معطوف على الأصح ، قال الرافعي : فتستحق بنت الخال والخالة وبنت العم وبنت العمة الحضانة ؛ لشفقتهن وهدايتهن .

والثاني ـ وهو الأظهر عند الغزالي ـ : لا استحقاق لهن ؛ لأن الحضانة تحوج إلىٰ معرفة بواطن الأمور ، فالأولىٰ تخصيصها بالمحارم ، وتبعه في « الروضة » علىٰ ذلك .

قال في « المهمات » : (وهو مستقيم إلا في بنت الخال ؛ فإنها تدلي بذكر غير وارث ، وقد تقرر أن من كانت بهٰذه الصفة . . لا حضانة لها ، وإذا لم نثبتها لأم أبي الأم بهٰذا المعنىٰ مع وجود الولادة فيها . . فبطريق الأولىٰ بنت الخال ، بخلاف بنت الخالة والعمة ؛ فإنها تدلي بأنثىٰ ، وبخلاف بنت العم ؛ فإنها تدلي بذكر وارث) اهـ

نعم ؛ إنما تثبت لبنت الخالة والخال وبنت العمة والعم الحضانة في ذكر لا يشتهىٰ ، وإلا . . فلا حضانة لهن ، وكأن المراد أنه لا تثبت لهن الكفالة ؛ لأنها بعد سن التمييز لا تسمىٰ حضانة .

قال : (**وتثبت لكل ذكر محرم وارث**) ، لما انتهىٰ محض الإناث . . شرع في اجتماع محض الذكور وكيفية ترتيبهم عند اجتماعهم ، وهم أربعة أصناف :

محرم وارث .

ووارث غير محرم .

ومحرم غير وارث .

وليس بمحرم ولا وارث .

فالمحرم الوارث كالأب والجد وإن علا ، والأخ وابنه والعم تثبت له الحضانة ؛ لوفور الشفقة وقوة المرتبة بالإرث والمحرمية .

وقيل : لا حضانة لغير الأب والجد ؛ لما لهما من الولادة ووفور الشفقة والاعتناء بأمر الولد .

وقيل : لا حق لأخ الأم ؛ لعدم العصوبة ، والمذهب المجزوم به : الأول .

قال : (**علىٰ ترتيب الإرث**) فيقدم الأب ثم الجد وإن علا ، ثم أخ لأبوين ثم لأب ثم لأم ، ثم ابن أخ شقيق ثم ابن أخ لأب ، ثم عم لأبوين ثم عم الجد .

وعلىٰ قول ابن سريج المتقدم : يقدم الأخ للأم على الأخ للأب ، ومنهم من لم يثبته هنا .

وفي وجه : يتأخر الأخ للأم عن الأعمام ، وجزم به جماعة ، وقيل : لا حق له فيها .

وذكر الماوردي وجهاً : أن الأعمام يقدمون علىٰ بني الإخوة لأبوين أو لأب ، لـٰكن قوله : (علىٰ ترتيب الإرث) فيه نظر ؛ لأن الجد في الإرث لا يقدم على الأخ ، فلو قال : علىٰ ترتيب ولاية النكاح . . كان أولىٰ .

قال : (**وكذا غير محرم كابن عم على الصحيح**) هـٰذا هو الصنف الثاني ، وهو وارث بالقرابة ليس بمحرم كابن العم وابنه وابن عم الأب وابن عم الجد ، فلهم الحضانة ؛ لوجود القرابة والإرث والشفقة .

والثاني : لا ؛ لفقد المحرمية .

فإن قيل : يرد علىٰ إطلاقه المعتق ؛ فإنه وارث غير محرم ، ولا حضانة له على الصحيح ؛ لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة . . فالجواب : أن في تمثيله بابن العم إشارة إلىٰ إرادة القرابة ، لـٰكن كلامه مفروض في ابن عم له الحضانة ، وهو الذي لم تعارضه الأم ، فإن عارضته . . فهي أحق قطعاً كما قاله في « الروضة » ، ووجهه في « المطلب » بأن ابن العم لو كفلها . . لأمر بالوضع عند امرأة ثقة ، فالأم أولىٰ .

وَلاَ تُسَلَّمُ إِلَيْهِ مُشْتَهَاةٌ بَلْ إِلَىٰ ثِقَةٍ يُعَيِّنُهَا . فَإِنْ فُقِدَ ٱلإِرْثُ وَٱلْمَحْرَمِيَّةُ أَوِ ٱلإِرْثُ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ولا تسلم إليه مشتهاة**) حذراً من الخلوة المحرمة ، وأفهم أن الذكر ومن لا تشتهىٰ يسلمان إليه ، وهو كذلك حيث لا محذور .

قال : (**بل إلىٰ ثقة يعينها**) ؛ لأن الحق له في ذلك ، فيقيم امرأة ثقة بأجرة أو غيرها ، فيسلمها إليها ويراعي هو مصالحها من وراء الستر .

وقوله : (يعينها) بضم الياء وفتح العين وتشديد الياء المثناة ، من التعيين لا من المعونة ، فإن كانت له بنت سلمت إليه ، كذا في « الشرح » و« الروضة » ، وفي « تصحيح التنبيه » : أنه تسلم إليه المشتهاة إذا كان له بنت مميزة ، والاكتفاء بالتمييز بعيد ، والصواب : أنه يشترط في ابنته البلوغ وأن تكون ثقة كما يشترط في الأجنبية .

فرع :

إذا أثبتناها لأولاد العم . . ففي المعتق عند فقد الأقارب وجهان :

أصحهما : لا حضانة له ؛ لعدم القرابة التي هي مظِنَّة الشفقة .

فعلىٰ هـٰذا : لو كانت له قرابة وهناك من هو أقرب منه . . فهل يرجح بالولاء؟ فيه وجهان : صحح المصنف : أنه لا يرجح ، مثاله : عم وابن عم معتق .

قال : (**فإن فقد الإرث والمحرمية**) وهو الصنف الثالث ؛ كابن خال وابن خالة وابن عمة .

قال : (**أو الإرث**) أي : مع وجود المحرمية ، وهو الصنف الرابع ؛ كأبي الأم والخال والعم للأم وابن الأخت وابن الأخ للأم .

قال : (. . **فلا في الأصح**) ؛ لضعف قرابته ؛ لأنه لا يرث بها ولا يلي ولا يعقل .

والثاني : له حق فيها ؛ لوفور شفقته .

وعلىٰ هـٰذا : يقدم منهم أبو الأم قطعاً ، ثم بعده؟ قيل : يقرع بين الخال والعم للأم ، والأشبه : تقديم من قوي سبب إدلائه ، فيقدم الخال .

فَإِنِ ٱجْتَمَعَ ذُكُورٌ وَإِنَاثٌ . . فَٱلأُمُّ ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا ثُمَّ ٱلأَبُ ، وَقِيلَ : تُقَدَّمُ عَلَيْهِ ٱلْخَالَةُ وَٱلأُخْتُ مِنَ ٱلأُمِّ . وَيُقَدَّمُ ٱلأَصْلُ عَلَى ٱلْحَاشِيَةِ ، فَإِنْ فُقِدَ . . فَٱلأَصَحُّ : ٱلأَقْرَبُ ،

وتعبير المصنف بـ(الأصح) هو في الثانية واضح ، وفي الأولىٰ مستدرك بأن في « الروضة » طريقتين : المذهب : لا حضانة ، وقيل : وجهان .

ووقع في « الروضة » و« أصلها » : أن الخالة مقدمة على الخال بعد تصحيحها أن الخال لا يحضن ، فهو إما مفرع على الضعيف أو مؤول بأنها تقدم عليه ، أي : بمنعه الحضانة ، لا أنه يحضن بعدها ، وهو تأويل ضعيف .

قال : (**فإن اجتمع ذكور وإناث . . فالأم**) ؛ للخبر المتقدم ، ولأنها ساوت الأب في القرب والشفقة واختصت بالولادة المحققة وبصلاحية الحضانة بسبب الأنوثة وغير ذلك .

قال : (**ثم أمهاتها**) ؛ لأنهن في معنى الأم في الشفقة والأنوثة والإرث والولادة المحققة ، فلو نكحت الأم ورضي الأب والزوج بكونه عندها . . سقط حق الجدة على الأصح ، كذا في « أصل الروضة » ، وهو كذلك في « التهذيب » و« الكافي » .

وقيل : لا يسقط حق الجدة برضا الأب ، وهو أقيس ، ويوافقه قول المصنف من بعد : (وناكحة غير أبي الطفل) ، واستغرب في « المطلب » الأول وقال : كيف يسقط حق الشخص برضا غيره ، لـٰكنه وافق في « الكفاية » تصحيح « الروضة » .

قال : (**ثم الأب**) أي : يقدم علىٰ أمهاته على الصحيح ؛ لأنه أصلهن ، وقيل : يقدمن عليه ؛ لولادتهن وزيادة صلاحيتهن للحضانة ، وهـٰذا بعيد ، ومحال أن يدلي شخص بشخص ويقدم عليه .

قال : (**وقيل : تقدم عليه الخالة والأخت من الأم**) ؛ لإدلائهما بالأم فيسقط الأب بهما ، ولو حذف المصنف قوله : (من الأم) . . لكان أخصر وأشمل ؛ لأن في كل واحدة من الأخوات الثلاث وجه : أنها تقدم على الأب .

قال : (**ويقدم الأصل على الحاشية**) ؛ لقوتهم .

قال : (**فإن فقد**) أي : من ذكرنا من الأصول (. . **فالأصح : الأقرب**) كالإرث ، ذكراً كان أو أنثىٰ .

وَإِلاَّ . . فَٱلأُنْثَىٰ ، وَإِلاَّ . . فَيُقْرَعُ . وَلاَ حَضَانَةَ لِرَقِيقٍ . . . .

قال : (**وإلا . . فالأنثىٰ**) أي : فإن فقد الأقرب واستوى اثنان أو جماعة في القرب . . فالأصح : التقديم بالأنوثة ؛ لما سبق من أنهن أصبر وأبصر .

قال : (**وإلا . . فيقرع**) أي : عند الاستواء من كل وجه كالأخوين والأختين ، فيقطع النزاع بالقرعة .

والوجه الثاني : أن نساء القرابة وإن بعدن أحق بالحضانة من الذكور وإن كانوا عصبات ؛ لأنهن أصلح لها ، وصححه صاحب « الإنتصار » .

والثالث : العصبات أولىٰ منهن ؛ لقوة نسبهن .

قال الرافعي : وكان يجوز أن يقدم بما تقدم به المتزاحمان على اللقيط .

فرع :

الأخت مع الجد كهي مع الأب ، قال المتولي : ويخالف الميراث ؛ فإنه يقبل التبعيض ، والحضانة لا تقبله ، ولو كان في أهل الحضانة خنثىٰ . . فهل يتقدم على الذكر في موضع لو كان أنثىٰ لتقدم لاحتمال الأنوثة أو لا لعدم الحكم بها؟ وجهان : الأصح عند المصنف : الثاني .

وإذا أخبر عن ذكوريته أو أنوثته . . عمل بقوله في سقوط الحضانة ، وهل يعمل به في استحقاقها أو لا للتهَمة؟ وجهان : قال المصنف : أصحهما يعمل ، وهو الجاري علىٰ قواعد المذهب في نظائره ، والذي قاله المصنف هو المعتمد المفتىٰ به كما بينه في (نواقض الوضوء) من « المهمات » .

قال : (**ولا حضانة لرقيق**) ولو كان مكاتباً أو مبعضاً وأذن السيد ؛ لأنها ولاية ليس من أهلها ، ثم إن كان الولد حراً . . فالحضانة لمن له الحضانة بعد الأم الحرة من أب وغيره ، وإن كان رقيقاً . . فحضانته لسيده ، وهل له نزعه من الأم وتسليمه إلىٰ غيرها؟ وجهان بناء على التفريق ، والأصح : منعه ، بل يقر في يدها ، هـٰذا هو الصواب .

ووقع في « الروضة » : هل له نزعه من الأب وتسليمه إلىٰ غيره ، وهو سبق قلم .

وَمَجْنُونٍ ، وَفَاسِقٍ وَكَافِرٍ عَلَىٰ مُسْلِمٍ ، . . . .

ولو كانت الأم حرة والولد رقيق ؛ بأن سبي طفل ثم أسلمت أمه أو قبلت الذمة . . فحضانته للسيد ، وفي الانتزاع منها الوجهان ، كذا قاله الشيخان .

وهـٰذا إنما يتصور فيما إذا لم يكن تبع السابي في الإسلام ، فإن تبعه فيه . . فلا يسلم إلى الأم على المذهب ، لـٰكن تستثنىٰ من إطلاق المصنف : أم ولد الكافر إذا أسلمت . . يتبعها ولدها في الإسلام وحضانته لها وإن كانت رقيقة ، كذا نقل الشيخان في كتاب (أمهات الأولاد) عن أبي إسحاق المروزي وأقراه ، وكأن المعنىٰ فيه : فراغها لمنع السيد من قربانها مع وفور شفقتها .

قال : (**ومجنون**) ؛ لأنه محضون ، ولا فرق بين الجنون المطبق والمتقطع ، إلا أن يقل جنونه كيوم في سنين مثلاً . . فلا يمنع .

وأما المرض الذي لا يرجىٰ زواله كالسل والفالج إذا كان يشغله الألم عن الكفالة ، فإن شغله عن النظر . . أسقط ، وإن أثر في الحركة والتصرف . . أسقط أيضاً في حق من يباشر بنفسه دون غيره .

قال : (**وفاسق**) ؛ لأنه لا يلي ولا تؤمن خيانته وتقصيره في الحفظ والتربية ، وعبارة « المحرر » : (وتشترط العدالة) ، وعبارة جماعة : (الأمانة) ، والمعروف : أنه لا يشترط تحقق العدالة الباطنة ، بل تكفي الظاهرة كشهود النكاح كما جزم به الماوردي والروياني ، وهو المعتمد ، لا ما وقع في « فتاوى المصنف » من ثبوت الأهلية عند الحاكم ، وذكر في (باب الحجر) من « الروضة » نحوه .

وجمع بعض مشايخنا بين كلامي الماوردي والمصنف بأنهما إن تنازعا في الأهلية بعد تسليمها الولد . . لم ينزع من يدها ، ويقبل قولها في الأهلية وإن كان قبل لم يسلم إليه إلا بعد الثبوت ، وهو حسن .

قال : (**وكافر علىٰ مسلم**) ؛ لأنه لا ولاء به له عليه ، ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ، ولأنه يخشىٰ أن يفتنه .

وقيل : يثبت له الحق ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه المسلم وأمه الكافرة ، فمال إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « اللهم ؛ اهده »

فعدل إلىٰ أبيه[1] ، لٰكن الخبر ضعيف ، وإن صح . . فيحتمل نسخه بالآية المتقدمة ، أو حمله علىٰ أنه صلى الله عليه وسلم علم أنه يستجاب دعاؤه ، وإنما خيره ؛ استمالة لقلب أمه .

وقيل : الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلىٰ أن يبلغ سبع سنين ثم الأب .

وعلى الأول : حضانته لقريبه المسلم ، ثم هي علىٰ سائر المسلمين .

وأفهم كلامه : ثبوتها للكافر على الكافر ، وهٰذا لا خلاف فيه ، وأمه أولىٰ من أبيه ، ولقريبه المسلم حضانته على الأصح ؛ لأن ذلك قد يكون سبباً لإسلامه .

قال : (**وناكحة غير أبي الطفل**) ، سواء دخل بها أم لا ، وسواء كان حاضراً أو غائباً ؛ لما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : « أنت أحق به ما لم تنكحي » .

وروى الدارقطني [٣/ ٣٠٤] : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « الأم أحق بولدها ما لم تتزوج » .

ولأنها مشغولة بحق الزوج فيتضرر الولد بذلك ، ولا أثر لرضا الزوج كما لا أثر لرضا السيد بحضانة الأمة فقد يرجعان فيتضرر الولد .

والمراد : أبو الطفل وإن علا ، فإذا تزوجت جده . . فالنص : أن لها الحضانة ، وحمله الجمهور علىٰ أبي أبيه ؛ لأن له حقاً فيها فلا يسقط نكاحه حقها ، كما لو كانت في نكاح الأب .

وصورة المسألة : أن يتزوج من له أب من لها أم ، فتأتي بولد منه فتموت الزوجة ، فحضانته لأمها ، فإذا تزوجت . . سقطت حضانتها ، إلا أن يتزوج جد الطفل وهو أبو زوج بنتها ، فإن كانت مزوجة بأبي الأم . . فلا حضانة لها ؛ لأنه لا حضانة له على الصحيح ، ولذلك جزم المصنف في « فتاويه » تبعاً للبغوي بأنها إذا تزوجت به أو بغيره من ذوي الأرحام . . سقطت حضانتها .

---

(١) الحاكم (٢/ ٢٠٦) ، وأبو داوود (٢٢٣٨) ، والنسائي في « الكبرى » (٥٦٥٩) .

إِلاَّ عَمَّهُ وَٱبْنَ عَمِّهِ وَٱبْنَ أَخِيهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِنْ كَانَ رَضِيعاً . . ٱشْتُرِطَ أَنْ تُرْضِعَهُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

نعم ؛ يستثنىٰ من سقوط حضانتها بالتزويج : ما إذا خالعها الزوج علىٰ ألف مثلاً وحضانة الصغير سنة ، فتزوجت في أثناء السنة . . فإنه لا ينزعه منها ؛ لأن الإجارة عقد لازم ، قاله القاضي حسين .

كل هـٰذا إذا رضي الزوج بأنها تحضنه ، فإن لم ترض بذلك . . سقط حقها .

قال : (**إلا عمه وابن عمه وابن أخيه في الأصح**) ؛ لأن هـٰؤلاء أصحاب حق في الحضانة ، والشفقة تحملهم علىٰ رعاية الطفل ، فيتعاونون علىٰ كفالته ، بخلاف الأجنبي ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ بابنة حمزة لخالتها وهي متزوجة بابن عم أبيها .

والثاني : يبطل حقها ؛ لاشتغالها بالزوج ، ولا حق له في الحضانة الآن ، فأشبه الأجنبي ، وبهـٰذا أفتى ابن الفركاح ، وقال : إنه مذهب الشافعي ، وليس كما قال .

والصورة الثالثة ـ وهي ابن أخيه ـ إنما تفرض في غير الأم وأمهاتها ؛ بأن يزوج أخته لأمه بابن أخيه لأبيه ، فإن الأصح : أن أخته كالأم مقدمة على الأخ لأب .

قال : (**وإن كان رضيعاً . . اشترط أن ترضعه على الصحيح**) ؛ لعسر استئجار مرضعة يترك عندها ، أو ينتقل إلىٰ مسكن الأم .

والثاني : لا ، وصححه البغوي ؛ لأن لها الحضانة ، وعلى الأب استئجار مرضعة .

فروع :

من موانع الحضانة : المرض الشاغل عن الكفالة وتدبير المكفول كالسل والفالج ، وأن لا يكون مغفلاً ، قاله الجرجاني .

والعمياء لا حضانة لها كما أفتىٰ به عبد الملك بن إبراهيم المقدسي (١) ، وأفتى ابن

---

(١) في هامش (د) : (فائدة من « الطبقات الكبرىٰ » [٤/ ٨٦] لقاضي القضاة تاج الدين السبكي ،=

الصلاح بأن الولد إن كان صغيراً . . فلها الحضانة ؛ لأنه يمكنها أن تحضنه ، وإن كان كبيراً . . فلا .

وأفتى ابن البزري بأنه يختلف باختلاف أحوالها ، فإن كانت ناهضة بحفظه وتدبيره ووقايته الأسواء والقيام بمصالحه ودفع مضاره . . فلها الحضانة ، وإن كانت عاجزة . . فلا حضانة لها .

وقال ابن الرفعة : لم أر فيها نقلاً ، غير أن كلام الإمام يستنبط منه : أنه مانع ، وأفتىٰ شيخنا وشيخه البارزي : أنه ليس بمانع ، مستدلِّين بأن الحضانة يجوز الاستئجار لها ، فيثبت لها الحق ثم يستأجر من يقوم بذلك ، لـٰكن قال الماوردي : لو أراد الأب أن يستنيب في كفالة ولده . . جاز ، وإن أرادت الأم الاستنابة . . لم يجز ؛ لاختصاص الأب بالمراعاة وهي ممكنة مع استنابته ، واختصاص الأم بمباشرة التربية وهي مفقودة مع استنابتها .

ووقع السؤال عن حاضنة أصابها جذام أو برص . . هل للولي أخذ الطفل منهما؟ قال شيخنا : إن كانت ترضعه . . فنعم ، وإن كان مميزاً مستقلاً . . فلا ، وفيه نظر إذا كان يخالطها .

وقال في « الحاوي » في (باب اللقيط) : يشترط في الحاضن : أن لا يكون محجوراً عليه بسفه ، ولم يذكر المسألة سواه .

قال : (**فإن كملت ناقصة**) كما إذا أسلمت الكافرة أو أفاقت المجنونة أو عتقت الأمة أو حسن حال الفاسقة .

= نقل فيها عن أبي منصور بن الصباغ ابن أخي صاحب « الشامل » ابن الصباغ : عن العمياء ، هل لها حضانة؟ فقال : إن كان الولد صغيراً . . فلها ؛ لأنه يمكنها حفظه ، وإن كان كبيراً . . فلا ، وأفتىٰ عبد الملك بن إبراهيم المقدسي بأنه لا حضانة لها .

قال : وكان عبد الملك إماماً فقيهاً شافعياً فرضياً ، طلبه الوزير أبو شجاع للقضاء ، فاعتذر بالعجز وعلو السن ، وأنشد [من الطويل] :

إذا المرء أعيته السيادة ناشئاً فمطلبها صعب عليه شديد) اهـ

أَوْ طَلَقَتِ ٱلْمَنْكُوحَةُ . . حَضَنَتْ ، وَإِنْ غَابَتِ ٱلأُمُّ أَوِ ٱمْتَنَعَتْ . . فَلِلْجَدَّةِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . هَـٰذَا كُلُّهُ فِي غَيْرِ ٱلْمُمَيِّزِ ، وَٱلْمُمَيِّزُ إِنِ ٱفْتَرَقَ أَبَوَاهُ . كَانَ عِنْدَ مَنِ ٱخْتَارَ مِنْهُمَا ، . . . .

قال : (**أو طلقت المنكوحة**) أي : لو رجعياً (. . **حضنت**) ؛ لزوال المانع ، وتستحق المطلقة الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب .

وفي وجه ـ اختاره المزني ، وبه قال أبو حنيفة ـ : لا حضانة للرجعية حتىٰ تنقضي عدتها ؛ لأنها زوجة ، وكما تعود حضانتها بمجرد الفرقة تسقط بمجرد العقد عليها وإن كان الزوج غائباً ، فإذا حضنت الرجعية في العدة بغير رضا المطلق . . فالمذهب : أن نفقتها لا تسقط ، وقيل : تسقط كما في صلب النكاح وضعفه الإمام .

قال : (**وإن غابت الأم أو امتنعت . . فللجدة على الصحيح**) أي : أم الأم ، كما لو ماتت أو جنت .

والثاني : تنتقل إلى الأب ؛ لأن أهليتها باقية وإنما تركت حقها فلم ينتقل إلىٰ من تدلي بها ، بخلاف ما إذا ماتت .

والثالث : ينتقل إلى السلطان ؛ لبقاء أهلية الأم ، كما لو غاب الولي في النكاح أو عضل . . يزوج السلطان لا الأبعد ، فعلى الصحيح : متى امتنع الأقرب من الحضانة . . كانت لمن يليه لا للسلطان ؛ لأنها للحفظ والقريب الأبعد أشفق من السلطان .

تنبيه :

أطلق الشيخان وغيرهما : أن الأم لا تجبر على الحضانة .

قال ابن الرفعة : هـٰذا إذا لم تجب عليها المؤن ، فإن أوجبناها بأن لم يكن له أب ولا مال . . فتجبر .

قال : (**هـٰذا كله في غير المميز**) ، وهو الذي لا يستقل .

قال : (**والمميز إن افترق أبواه**) أي : مع أهليتهما ومُقامهما ببلد واحد (. . **كان عند من اختار منهما**) ؛ لما روى الترمذي وابن ماجه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم

فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا جُنُونٌ أَوْ كُفْرٌ أَوْ رِقٌّ أَوْ فِسْقٌ أَوْ نَكَحَتْ . . فَٱلْحَقُّ لِلآخَرِ . وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أُمٍّ وَجَدٍّ ، . . . .

خير غلاماً بين أبويه) ، وإنما يدعى بالغلام : الصبي المميز .

وروىٰ أبو داوود [٢٢٧١] والبيهقي [٣/٨] والحاكم [٩٧/٤] عن أبي هريرة : أن رجلاً وامرأة اختصما في ولد بينهما إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت المرأة : يا رسول الله ؛ إن ابني هـٰذا قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة وإن أباه يريد أن يأخذه مني ، فقال الأب : من يحول بيني وبين ابني؟! فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « يا غلام ؛ هـٰذه أمك وهـٰذا أبوك ، فاتبع أيهما شئت » فاتبع أمه .

وروى الشافعي [٢٨٨/١ مرفوعاً] والبيهقي [٤/٨] عن عمر : أنه خير غلاماً بين أبويه .

ولأن القصد بالكفالة طلب الحظ للولد والمميز أعرف بحظه فيرجع إليه ؛ لأنه قد عرف من برهما ما يدعوه إلى اختيار أبرهما ، ولا نظر إلىٰ كون أحدهما أكثر مالاً أو محبة على الأصح ، ويستوي في التخيير الذكر والأنثىٰ .

وقال أبو حنيفة ومالك : لا يخير ، ثم عند أبي حنيفة يكون الغلام مع الأم حتىٰ يستقل ثم يسلم إلى الأب والجارية عندها حتىٰ تزوج أو تحيض .

وعند مالك : يكون الغلام مع الأم حتىٰ يثغر ، وتكون الجارية معها حتىٰ تزوج ويدخل بها الزوج .

وقال أحمد : يخير الغلام ولا تخير الجارية .

وسن التمييز في الغالب سبع أو ثمان سنين تقريباً ، وقد يتقدم علىٰ ذلك ويتأخر ، ومدار الحكم على التمييز لا علىٰ سنه .

واعتبر في « الكفاية » مع هـٰذا : أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار ضابطاً لها ، وذلك موكول إلىٰ نظر الحاكم .

قال : (**فإن كان في أحدهما جنون أو كفر أو رق أو فسق أو نكحت . . فالحق للآخر**) أي : ما دام ذلك ناقصاً ، فإذا زال خلله . . أنشأ التخيير حينئذ .

قال : (**ويخير بين أم وجد**) أي : وإن علا عند فقد الأب أو عدم أهليته ؛ لأنه بمنزلته .

وَكَذَا أَخٌ أَوْ عَمٌّ أَوْ أَبٌ مَعَ أُخْتٍ أَوْ خَالَةٍ فِي ٱلْأَصَحِّ ، فَإِنِ ٱخْتَارَ أَحَدَهُمَا ثُمَّ ٱلْآخَرَ. . حُوِّلَ إِلَيْهِ . . . .

قال : (**وكذا أخ أو عم**) أشار بهـٰذا إلىٰ أن التخيير يجري أيضاً بين الأم وبين من علىٰ حاشية النسب ، كالأخ والعم وابنيهما على الأصح .

لما روى الشافعي [٢٨٨/١] عن عمارة الجرمي قال : خيرني علي رضي الله عنه بين أمي وعمي ، وكنت ابن سبع أو ثمان سنين .

والثاني : لا ، بل الأم أحق لقربها وولادتها كما قبل التمييز .

قال : (**أو أب مع أخت أو خالة في الأصح**) أي : إذا قدما عليه قبل التمييز كما تقدم ، وظاهر إطلاق الكتاب و« أصله » و« الروضة » و« أصلها » : جريان التخيير بين الأخت والأب من أي جهة كانت ، وهو ظاهر في الشقيقة وأخت لأم لإدلائهما بالأم ، أما في الأخت للأب. . فلا كما صرح به الماوردي وغيره ، واقتصاره على الأخ والعم في الأولىٰ قد يوهم تخصيصه بالمحارم ، وليس كذلك ، بل الأصح : إلحاق ابن العم به .

وقطع سليم وغيره بأنه لا يثبت ؛ لأنه ليس بمحرم لها ، وجرىٰ عليه في « المهذب » و« الذخائر » وغيرهما ، وهو قوي .

كل هـٰذا في الولد الذكر ، فإن كان أنثىٰ. . فالأم أحق بها قطعاً ، كذا في « الروضة » ، ونوزع في ادعاء القطع بأن جماعة من الأصحاب حكوا الوجهين من غير تفصيل بين الذكر والأنثىٰ .

فعلىٰ هـٰذا : إنما يخير في ابن العم الذكر دون الأنثىٰ ؛ فإن الكفالة وإن لم تثبت له لا تسلم إليه ، وإنما يؤمر بوضعها عند امرأة ثقة .

قال : (**فإن اختار أحدهما ثم الآخر. . حول إليه**) ؛ لأنه حق له يتعلق بشهوته ، فاتبع فيه إرادته ؛ فإنه قد يبدو له الأمر علىٰ خلاف ما ظنه ، وهـٰذا بخلاف ما إذا اختار أحد الرجلين عند اشتباه نسبه بينهما ؛ فإنه لا يقبل رجوعه ، وما إذا أخبر الخنثى المشكل عن ميله إلىٰ صنف لا يقبل رجوعه إليه ، فإذا كثر التردد بحيث يغلب على الظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه. . أقر عند الأم كما قبل سن التمييز .

فَإِنِ ٱخْتَارَ ٱلْأَبَ ذَكَرٌ . . لَمْ يَمْنَعْهُ زِيَارَةَ أُمِّهِ وَيَمْنَعُ أُنْثَىٰ ، وَلاَ يَمْنَعُهَا دُخُولاً عَلَيْهِمَا [زَائِرَةً] ، وَٱلزِّيَارَةُ مَرَّةً فِي أَيَّامٍ ، فَإِنْ مَرِضَا . . فَٱلْأُمُّ أَوْلَىٰ بِتَمْرِيضِهِمَا ؛ فَإِنْ رَضِيَ بِهِ فِي بَيْتِهِ ، وَإِلاَّ . . فَفِي بَيْتِهَا . . . .

وخالف الإمام فقال : لا وجه إلا اتباعه ؛ فإن ذلك لا ينكر في حال الصبا ، وفي وجه : أن القاضي يختار له خيرهما .

قال : (**فإن اختار الأبَ ذكرٌ . . لم يمنعه زيارة أمه**) ؛ لئلا يكون ساعياً في قطيعة رحمه ، ثم هل هـٰذا علىٰ سبيل الوجوب أو الاستحباب؟ قال في « الكفاية » : الذي صرح به البندنيجي ودل عليه كلام الماوردي : الأول .

قال : (**ويمنع أنثىٰ**) أي : من زيارة أمها ؛ لئلا تعتاد البروز ولتألف الصيانة .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : أن للأم أن تطلبها وترسل إليها بقدر الزيارة ، فإن قيل : الأم إذا زارتها احتاجت إلى الخروج أيضاً فلم رجحت البنت عليها؟ . . قلنا : لأن الحذر على البنت أكثر ، وحالها أخطر .

قال : (**ولا يمنعها دخولاً عليهما [زائرة]**) أي : على الابن والبنت ، كما اقتضاه كلام « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » ، وهو كذلك في نسخ « المنهاج » المعتمدة ، وفي بعضها : عليها ؛ يعني : البنت ، ووجهه ما تقدم .

قال : (**والزيارة مرة في أيام**) ؛ لأنه في ترك ذلك قطعاً للرحم ، قال الماوردي : في كل يومين أو ثلاثة ، فإن كان منزلها قريباً . . فلا بأس أن تدخل في كل يوم .

وتقدم في (كتاب الوصايا) عن الحسن أنه قال : زيارة الغب كل أسبوع .

قال : (**فإن مرضا . . فالأم أولىٰ بتمريضهما**) ؛ لوفور شفقتها .

قال : (**فإن رضي به في بيته ، وإلا . . ففي بيتها**) ؛ لأن ذلك أرفق بالمريض ، فلو مات في بيت الأب(١) . . لم يمنعها من حضور تجهيزه ودفنه ؛ فهو أسهل من نقل الميت ، وله منعها من زيارة قبره إن دفن في ملكه لحقه ، وكذا في غير ملكه لحق الله

---

(١) في النسخ : (الأم) ، والتصويب من هامش (د) و(ز) .

فَإِنِ ٱخْتَارَهَا ذَكَرٌ . . فَعِنْدَهَا لَيْلاً وَعِنْدَ ٱلأَبِ نَهَاراً يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ لِمَكْتَبٍ وَحِرْفَةٍ ،

تعالىٰ ، كذا قاله ابن الرفعة[1] ، وما جزم به من المنع فيما إذا كان في غير ملكه . . سهوٌ ، فالصحيح المعروف : جواز زيارة النساء القبور ، وقد نقله هو في (الجنائز) عن الأكثرين .

ومن الحوادث : أن المرأة قالت : لا يدفن الولد إلا في تربتها ، وقال الوالد : لا ندفنه إلا في تربته ، مَنِ المجاب؟ فيه نظر ، والظاهر : أن المجاب الأب .

قال : (**فإن اختارها ذكرٌ . . فعندها ليلاً وعند الأب نهاراً يؤدبه**) أي : يعلمه أدب النفس والبراعة والظرف ، فمَن أدَّب ولده صغيراً . . سر به كبيراً .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ما نحل والد ولداً أفضل من أدب حسن »[2] .

وقال صلى الله عليه وسلم : « لأَن يؤدب الرجل ولده خيرٌ من أن يتصدق بصاع » رواهما الترمذي [١٩٥١] والبخاري في « الأدب » .

وكان يقال : الأدب على الآباء ، والصلاح على الله .

يقال : أدبته فتأدب ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام : « أدبني ربي فأحسن تأديبي » رواه العسكري في « الأمثال » .

وقال ابن مسعود : (إن هـٰذا القرآن مأدبة الله في الأرض فتعلموا من مأدبته)[3] وروي : (مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن)[4] شبه القرآن بطعام يصنعه الإنسان للناس لهم فيه خير ومنافع .

قال : (**ويسلمه لمكتب وحرفة**) أراد : أنه يعلمه أمور دينه ودنياه .

وعبارة « المحرر » : ويسلمه إلى المكتب أو الحرفة ، وهي أحسن ؛ لدلالتها على التنويع على ما يليق بالولد .

---

(١) في هامش (ز) : (ولعل ما قاله فرضه فيما إذا كانت المرأة معتدة . ملقن) .
(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٦٣) ، والترمذي (١٩٥٢) ، وأحمد (٣/ ٤١٢) .
(٣) أخرجه الحاكم (١/ ٥٥٥) مرفوعاً ، والدارمي (٣٣٥٠) ، وعبد الرزاق (٥٩٩٨) ، وغيرهم .
(٤) أخرجه الدارمي (٣٣٦٥) ، وابن المبارك في « الزهد » (٧٨٧) .

أَوْ : أُنْثَىٰ . . فَعِنْدَهَا لَيْلاً وَنَهَاراً ، وَيَزُورُهَا ٱلأَبُ عَلَى ٱلْعَادَةِ . وَلَوِ ٱخْتَارَهُمَا . . أُقْرِعَ . فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . فَٱلأُمُّ أَوْلَىٰ ، وَقِيلَ : يُقْرَعُ . وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَفَرَ حَاجَةٍ . . كَانَ ٱلْوَلَدُ ٱلْمُمَيِّزُ وَغَيْرُهُ مَعَ ٱلْمُقِيمِ حَتَّىٰ يَعُودَ ، . . . .

وظاهر كلام الماوردي : أنه ليس للأب الشريف أن يعلم ولده الصنعة إذا كان ذلك يزري به .

وكذلك ينبغي لمن صنعته شريفة أن لا يسلم ابنه لصنعة دنيئة ، بل عليه رعاية مصلحته ، ولا شك أن للمحترف أن يعلم ولده الكتابة ورعاية الحظ في ذلك واجبة علىٰ وليه أباً كان أو جداً أو وصياً أو قيماً ، وتكون أجرة ذلك في مال الصبي ، فإن لم يكن . . فعلىٰ من تلزمه نفقته ، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ هـٰذا في (كتاب الصلاة) .

و(المكتب) ـ بفتح الميم والتاء ، ويجوز كسر التاء ، حكاه النحاس ـ : الموضع الذي يعلم فيه ، وعبارة الشافعي الكتاب .

وقال ابن داوود : الأفصح : المكتب ؛ لأن الكتاب جمع كاتب ، وقال الجوهري : المكتب : الذي يعلم الكتابة ، قال الحسن : كان الحجاج مكتباً بالطائف ، أي : معلماً ، وقد كان الضحاك بن مزاحم الهلالي فقيه مكتب فيه ثلاثة آلاف صبي ، وكان يركب حماراً ويطوف عليهم .

وفي « ربيع الأبرار » : قال بعض الحكماء : أكرم الخيل أجزعها من السوط ، وأكيس الصبيان أشدهم بغضاً للكتاب .

قال : (**أو : أنثىٰ . . فعندها ليلاً ونهاراً**) ؛ لتساوي الزمانين بالنسبة إليها .

قال : (**ويزورها الأب على العادة**) ولا يطلب إحضارها إلىٰ عنده ؛ لتألف التستر والصيانة .

قال : (**ولو اختارهما . . أقرع**) ؛ قطعاً للنزاع .

قال : (**فإن لم يختر . . فالأم أولىٰ**) ؛ استصحاباً لما كان .

قال : (**وقيل : يقرع**) ؛ إذ لا بد من كفالته إلى البلوغ ، وبه أجاب البغوي وأصحاب « الكافي » و« البيان » و« المهذب » .

قال : (**ولو أراد أحدهما سفر حاجة . . كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتىٰ يعود**)؛

أَوْ سَفَرَ نُقْلَةٍ . . فَٱلأَبُ أَوْلَىٰ بِشَرْطِ أَمْنِ طَرِيقِهِ وَٱلْبَلَدِ ٱلْمَقْصُودِ ، قِيلَ : وَمَسَافَةُ قَصْرٍ . وَمَحَارِمُ ٱلْعَصَبَةِ فِي هَـٰذَا كَٱلأَبِ ، وَكَذَا ٱبْنِ عَمٍّ لِذَكَرٍ ، . . . .

لما في السفر من الخطر والضرر ، وسواء طالت المدة أم قصرت ، وفيما إذا طالت . . وجه عن الشيخ أبي محمد : أنه يسافر به .

قال : (**أو سفر نقلة . . فالأب أولىٰ**) ، سواء كان هو المسافر أو المقيم ، وكذا لو سافر كل منهما إلىٰ جهة ؛ احتياطاً للنسب ؛ فإنه يحفظ بالآباء ، ولمصلحة التأديب والتعليم والصيانة وسهولة الإنفاق عليه .

ولو رافقته الأم في الطريق . . دام حقها ، ولو عاد من سفر النقلة إلىٰ بلدها . . عاد حقها .

قال : (**بشرط أمن طريقه والبلد المقصود**) ؛ فليس له أن يسلك طريقاً مخوفاً ولا أن يخرجه إلىٰ بلد مخوف ، فإن كان أحدهما كذلك . . أقر عند أمه ، وليس له أن يخرجه إلىٰ دار الحرب .

وشرط المتولي في البلد المنتقل إليه : أن يكون صالحاً للإقامة .

قال : (**قيل : ومسافة قصر**) ، فلا أثر للانتقال إلىٰ ما دونها ، وبهـٰذا أجاب جماعة من الأصحاب ، والأشبه لا فرق ؛ لانقطاع مصلحة التأديب والتعليم .

وتوسط القفال في « شرح التلخيص » فقال : إن كانت مسافة تشق معها الزيارة كالفرسخين والثلاثة . . فكالبعيدة ، وما دون ذلك في حكم الإقامة ، وهو حسن .

قال : (**ومحارم العصبة في هـٰذا كالأب**) أي : في انتزاع الولد عند الانتقال ؛ احتياطاً للنسب .

وخرج بذلك محرم لا عصوبة له ؛ كأبي الأم والخال والأخ للأم ؛ فليس له النقل ؛ لأنه لا حق له في النسب ، والذي جزم به المصنف أطلقه الأكثرون .

وفي « الروضة » عن المتولي من غير مخالفة : أنه لو لم يكن أب ولا جد وأراد الأخ الانتقال وهناك ابن عم أو عم مقيماً . . لم يكن للأخ انتزاعه من الأم ، بخلاف الأب والجد ؛ لكمال شفقتهما وكونهما أصل النسب .

قال : (**وكذا ابن عم لذكر**) كما تقدم .

وَلاَ يُعْطَىٰ أُنْثَىٰ ، فَإِنْ رَافَقَتْهُ بِنْتُهُ . . سُلِّمَ إِلَيْهَا .

فَصْلٌ :

عَلَيْهِ كِفَايَةُ رَقِيقِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً . . . .

قال : (**ولا يعطىٰ أنثىٰ**) ؛ لعدم المحرمية ، اللهم إلا أن تبلغ حداً لا يشتهىٰ مثلها ، قاله المتولي ، وصوبه في « تصحيح التنبيه » .

قال : (**فإن رافقته بنته**) أي : البالغة العاقلة الثقة (. . **سلم إليها**) ؛ لانتفاء الخلوة المحرمة ، وما وقع في « تصحيح التنبيه » من الاكتفاء بكونها مميزة تقدم : أن الصواب خلافه .

وقوله : (سلم) الأصوب : سلمت ؛ لأن الضمير عائد للأنثىٰ .

تتمة :

إنما يثبت حق النقل للأب وغيره إذا استجمع الصفات المعتبرة في الحضانة ، فلو كان كل واحد من الأبوين مسافراً لحاجة واختلف طريقهما ومقصدهما . . قال الرافعي : يشبه أن يدام حق الأم ، ويحتمل أن يكون مع الذي مقصده أقرب أو مدة سفره أقصر ، وقال المصنف : المختار : أنه يدام مع الأم .

ولو اختلفا فقال : أريد النقلة ، فقالت : بل غيرها . . صدق بيمينه في الأصح ، فإن نكل . . حلفت وأمسكت الولد .

والثاني ـ وبه قال القفال ـ : يصدق هو بلا يمين ، وصححه البغوي في « تعليقه » ، وأفتى ابن الصلاح بأن على الأب اليمين : أنه مسافر إذا لم يصدق .

ووقع السؤال عن معتق طلب الإسكان عند ظهور ريبة أو دعواه إياها؟ فأجيب بالإجابة إلىٰ ذلك ؛ لأنه قد يتعير بها لا سيما إذا كانت أم ولد .

قال : (**فصل :**

عليه كفاية رقيقه نفقة وكسوة) ؛ لما روىٰ مسلم [١٦٦٢] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « للمملوك طعامه وكسوته ، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » .

وَإِنْ كَانَ أَعْمَىٰ وَ زَمِناً وَمُدَبَّراً وَمُسْتَوْلَدَةً مِنْ غَالِبِ قُوتِ رَقِيقِ ٱلْبَلَدِ وَأُدْمِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ . . . .

وفيه أيضاً [٩٩٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كفىٰ بالمرء إثماً أن يحبس عن مملوكه قوته » .

ولأن السيد يملك كسب العبد وتصرفه فلزمه مؤنته ، وقد اتفق العلماء علىٰ ذلك في الجملة ، وأفهم اقتصاره علىٰ ذلك : أنه لا يجب ما عداه فلا يجب شراء الماء لطهارته ، والأصح في زوائد « الروضة » وجوبه كفطرته ، وأشار بـ(الكفاية) إلىٰ أنها لا تتقدر كنفقة الزوجة ، بل تعتبر الكفاية كالقريب ، وجعلها صاحب « التلخيص » كنفقة خادم الزوجة في التقدير ، وتبعه المرعشي وغيره ، وغلطهم القفال ، والأصح : أن المعتبر كفايته في نفسه مع مراعاة رغبته وزهادته وإن زاد علىٰ كفاية مثله غالباً .

والثاني : يعتبر ما يكفي مثله غالباً ، ونص في « المختصر » علىٰ وجوب الإشباع .

قال : (**وإن كان أعمىٰ وزمناً ومدبراً ومستولدة**) ؛ لبقاء الملك والمنافع .

وفي معنى الأعمىٰ والزمن : من استحقت منافعه للمعير بوصية أو إجارة ، بخلاف المكاتب ؛ فإنه مستقل بنفسه ، وتستثنى الأمة المزوجة حيث تجب نفقتها على الزوج ، ولا يستثنى العبد المشروط عمله في المساقاة والقراض ، ولا الموصىٰ بمنفعته أبداً ، ولا الآبق على الأصح في الثلاثة ، بل يجب على السيد ، وفي المستعار وجهان : أصحهما : على المالك كما سيأتي .

قال : (**من غالب قوت رقيق البلد وأدمهم وكسوتهم**) ؛ لأن ذلك هو العرف المعتاد في حقه ، وليس على السيد أن يطعمه ويكسوه من جنس طعامه وكسوته ، بل من جنس ما يعتاده غالب رقيق البلد من الطعام والقطن والكتان والصوف ، مع مراعاة يسار السيد وإعساره ، فلو أكل السيد أو لبس دون المعتاد بخلاً أو رياضة . . لزمه للرقيق رعاية الغالب على الأصح ، وهو كالخلاف فيه في زكاة الفطر .

وما رواه مسلم [١٦٦١] وغيره عن المعرور بن سويد عن المغيرة : أنه قال : قدمنا الربذة ، فأتينا أبا ذر ، فإذا عليه برد وعلىٰ غلامه مثله ، فقلنا : يا أبا ذر ؛ لو أخذت

وَلاَ يَكْفِي سَتْرُ ٱلْعَوْرَةِ . وَيُسَنُّ أَنْ يُنَاوِلَهُ مِمَّا يَتَنَعَّمُ بِهِ مِنْ طَعَامٍ وَأُدْمٍ وَكِسْوَةٍ . وَتَسْقُطُ بِمُضِيِّ ٱلزَّمَانِ . . . .

برد غلامك وجمعته إلىٰ بردك لكان حلة ، وكسوته ثوباً غيره؟ فقال : سأحدثكم عن هـٰذا ؛ إني ساببت رجلاً وكانت أمه أعجمية ، فنلت منها ، فأتىٰ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فشكاني إليه ، فقال لي : « أساببت فلاناً؟ » فقلت : نعم ، قال : « فهل ذكرت أمه؟ » قلت : من يساب الرجال ذكر أبوه وأمه يا رسول الله ، قال : « فإنك امرؤ فيك جاهلية » قلت : علىٰ كبر سني؟! قال : « نعم ، إنما هم إخوانكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده . . فليطعمه من طعامه ، وليلبسه من لباسه ، ولا يكلفه ما يغلبه ، فإن كلفه ما يغلبه . . فليعنه عليه » . . فهـٰذا محمول علىٰ مكارم الأخلاق والندب ، وحمله في « الأم » علىٰ أنه أتىٰ جواباً لسؤال سائل عن مماليكه ، وكان حال الناس متقارباً .

قال : **(ولا يكفي ستر العورة)** ؛ لأن في ذلك احتقاراً وإن كان لا يتأذىٰ بحر ولا برد .

ولو كانوا بناحية يقتصر أهلها علىٰ ستر العورة كأطراف اليمن والبحرين وبعض الحجاز . . وجب القطع بإجزائه كالأحرار منهم كما أشار إليه في « الوسيط » و« البسيط » ، وإن كانوا لا يسترون . . فلا بد من ستر العورة ؛ لأنه حق لله تعالىٰ .

قال : **(ويسن أن يناوله مما يتنعم به من طعام وأدم وكسوة)** سيما إذا عالج الطعام وولي طبخه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا صنع لأحدكم خادمه طعاماً ثم جاءه به وقد ولىٰ حره ودخانه ، فإن لم يقعده معه . . فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين » رواه الشيخان [خ ٢٥٥٧ـ م ١٦٦٣] .

والمعنىٰ فيه : تشوف النفس لما تشاهده ، وهـٰذا يقطع شهوتها ، وهل الأفضل الإجلاس معه أو هو مخير؟ فيه وجهان : وصحح الرافعي : أنه لا يجب شيء منهما وأن الأمر للاستحباب ، وفيما قاله نظر ، وظاهر النص يقتضي إيجاب الإطعام ، وأفهم قوله : (مما) : أنه يكفي البعض ، والمنقول : أنه لا بد أن يسد مسداً دون ما يهيج الشهوة ولا يقضي النهمة .

قال : **(وتسقط بمضي الزمان)** كنفقة القريب .

وَيَبِيعُ ٱلْقَاضِي فِيهَا مَالَهُ ، فَإِنْ فُقِدَ ٱلْمَالُ . . أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ أَوْ إِعْتَاقِهِ . وَيُجْبِرُ أَمَتَهُ عَلَىٰ إِرْضَاعِ وَلَدِهَا . . . .

قال : (**ويبيع القاضي فيها ماله**) أي : عند امتناعه وغيبته كنفقة القريب .

وهـٰذا من مطلق التصرف ، أما المحجور عليه . . فيجب أن يفعل الأحظ له من بيعه أو بيع غيره من ماله في نفقته أو الاقتراض عليه ، وإذا تعين بيع ماله في نفقة رقيقه . . قيل : يبيع شيئاً فشيئاً .

والأصح في زوائد « الروضة » : أنه يستدين عليه ، فإذا اجتمع شيء صالح . . باع لأجله ، وهما كالوجهين في بيع العقار في نفقة القريب ، فإن لم يمكن بيع بعضه . . باع جميعه .

قال : (**فإن فقد المال . . أمره ببيعه أو إعتاقه**) المراد : أنه يأمره بإزالة ملكه عنه ؛ دفعاً لضرره بعتقه أو غيره ، فإن لم يفعل . . باعه الحاكم أو آجره ؛ ليتوصل بذلك إلى الحق الواجب عليه .

وقال الروياني : لو قال الحاكم لعبد رجل غائب : استدن وأنفق علىٰ نفسك ففعل . . جاز وكان ديناً علىٰ سيده ، فإذا لم يرغب أحد في شرائه . . أنفق عليه من مال بيت المال ، فإن لم يكن فيه مال . . فهو من محاويج المسلمين يقومون بكفايته ، وإنما نأمره بالبيع إذا تعذر إيجاره ، فإن أمكن إيجاره . . تعين هـٰذا في غير المستولدة ، أما هي . . فلا تباع قطعاً ، ولا يجبر علىٰ عتقها على الأصح ، بل تزوج أو تؤجر ، فإن لم يكن . . فنفقتها في بيت المال ، والمبعض إن كان له مهايأة . . فالنفقة علىٰ من هو في نوبته ، وإلا . . ففي بيت المال .

قال : (**ويجبر أمته علىٰ إرضاع ولدها**) ؛ لأن لبنها ومنافعها له ، بخلاف الزوجة ؛ فإن الزوج لا يملك ذلك منها ، وقيده في « المحرر » بولدها منه ، وحذفه المصنف لعمومه ، فلو لم يكن منه بل مملوك له من زوج أو زناً . . فحكمه كذلك ، ولو أراد تسليم ولدها إلىٰ غيرها وأرادت إرضاعه . . فالأصح : ليس له ذلك ؛ لما فيه من التفريق بينهما ، لـٰكن له ضمه في أوقات الاستمتاع إلىٰ غيرها .

ـ وَكَذَا غَيْرُهُ إِنْ فَضَلَ عَنْهُ ـ وَفَطْمِهِ قَبْلَ حَوْلَيْنِ إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ ، وَإِرْضَاعِهِ بَعْدَهَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهَا . وَلِلْحُرَّةِ حَقٌّ فِي ٱلتَّرْبِيَةِ . فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَطْمُهُ قَبْلَ حَوْلَيْنِ ، وَلَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ ، وَلِأَحَدِهِمَا بَعْدَ حَوْلَيْنِ ، وَلَهُمَا ٱلزِّيَادَةُ . وَلاَ يُكَلِّفُ رَقِيقَهُ إِلاَّ عَمَلاً يُطِيقُهُ . . . .

قال : (**وكذا غيره إن فضل عنه**) إما لقلة شربه أو لكثرة اللبن أو اجتزائه بغيره ؛ لأن منافعها له ، فإن لم يفعل . . فلا إجبار ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ **لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا** ﴾ ، ولأن طعامه اللبن فلا يجوز أن ينقص منه كالقوت .

قال : (**وفطمه قبل حولين إن لم يضره**) ؛ لأن إليه أمر ولده ورقيقه .

قال : (**وإرضاعه بعدها إن لم يضرها**) ؛ لأنه لا حق لها في نفسها ، بخلاف الحرة .

قال : (**وللحرة حق في التربية ، فليس لأحدهما فطمه قبل حولين**) ؛ لأنها تمام مدة الرضاع ، وفيه احتمال للإمام إذا لم يتضرر به الولد ، وظاهر كلام الأصحاب : أنهما لو تنازعا أجيب الداعي إلىٰ إكمال الحولين ، ويشبه أن يقال : تجب إجابة من دعا إلى الأصلح للولد ؛ إذ قد يكون الفطام مصلحة ؛ بأن تكون قد حملت أو مرضت ولم يوجد غيرها ، فيتعين الفطام حينئذ .

قال : (**ولهما إن لم يضره ، ولأحدهما بعد حولين ، ولهما الزيادة**) أي : إذا اجتزأ بالطعام ، فإن كان ضعيف الخلقة لا يجتزىء بالطعام . . لم يجز فطامه ، وعلى الأب بذل الأجرة حتىٰ يبلغ حداً يجتزىء فيه بالطعام ، فلو امتنعت الأم من إرضاعه ولم يوجد غيرها . . أجبرها الحاكم عليه .

قال : (**ولا يكلف رقيقه إلا عملاً يطيقه**) ؛ للحديث السابق ، قال الشافعي : (ومعنى الخبر : أنه لا يكلف إلا ما يطيق الدوام عليه لا ما يطيقه يوماً أو يومين ثم يعجز) اهـ

أي : فلا يجوز أن يكلفه ما يطيقه يومين أو ثلاثة ولا يطيقه أبداً ، كذا قاله في « الكفاية » .

وقال القاضي حسين : إذا كلفه من العمل ما لا يطيقه .. بيع عليه .

قال ابن الصلاح : وليس ببعيد ، كما يباع المسلم على الكافر ؛ صيانة له عن الذل .

وقال صلى الله عليه وسلم : « من لا يلائمكم .. فبيعوه »[1] .

وقد تقدمت المسألة في البيع ، وتعتبر في ذلك العادة ، فيريحه وقت القيلولة وطرفي النهار ؛ دفعاً للضرر عنه ، وإذا سافر معه .. أركبه عقبه .

ويجب على العبد ترك الكسل وبذل المجهود لسيده المالك رقبته ومنفعته .

وكذلك البهيمة يحرم أن يحملها ما لا تطيق الدوام عليه وإن كانت تطيقه يوماً ونحوه ؛ لما روى الخلال في كتاب « الأمر بالمعروف » عن المسيب بن دارم قال : رأيت عمر يضرب جمالاً ويقول : (لم حملت علىٰ جملك ما لا يُطيق) .

قال : (**وتجوز مخارجته**) ؛ لما روى الشيخان [خ ٢١٠٢ـ م ١٥٧٧/٦٢] عن أنس قال : (حجم أبو طلحة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأعطاه صاعين أو صاعاً من تمر ، وأمر أهله أن يخففوا عنه خراجه) .

وروى البيهقي [٩/٨] عن الزبير بن العوام : أنه كان له ألف مملوك يؤدون له الخراج لا يُدخِلُ بيتَه من خراجهم شيئاً ، بل يتصدق به ، ومع ذلك بلغت تركته خمسين ألف ألف ومئتي ألف ، رواه البخاري [٣١٢٩] وغيره .

وقال عمرو بن العاصي : إن طلحة بن عبيد الله ترك مئة بهار ، في كل بهار ثلاث قناطر ذهباً[2] ، قال أبو عبيدة : و(البهار) : ثلاث مئة رطل .

قال : (**بشرط رضاهما**) ، فليس لأحدهما إجبار الآخر عليها ؛ لأنه عقد معاوضة ، فاعتبر فيه التراضي كغيره .

---

(١) أخرجه أبو داوود (٥١١٨) ، وأحمد (٥/١٦٨) ، والبيهقي في « الشعب » (٦/ ٣٧١) .

(٢) ذكره ابن سعد في « الطبقات » (٣/ ٢٢٢) .

ـ وَهِيَ : خَرَاجٌ يُؤَدِّيهِ كُلَّ يَوْمٍ أَوْ أُسْبُوعٍ ـ وَعَلَيْهِ عَلْفُ دَوَابِّهِ وَسَقْيُهَا ، . . . .

قال : (وهي) أي : المخارجة (**خراج يؤديه كل يوم أو أسبوع**) علىٰ حسب ما يتفقان عليه ، وكذلك كل شهر وسنة .

ويشترط : أن يكون مكتسباً لقدر خراجه ، فإن قصر عنه . . لم يصح ، وأن يكون ذلك الكسب يباح لعاطيه ، وأن يكون فاضلاً عن نفقته وكسوته إن جعلا في كسبه .

قال في « الأم » و« المختصر » : ويمنعه الإمام من أن يجعل علىٰ أمته خراجاً إلا أن يكون لها عمل دائم ، وروىٰ بسنده إلىٰ عثمان أنه قال في خطبته : (لا تكلفوا الصغير فيسرق ، ولا الأمة غير ذات الصنعة فتكتسب بفرجها) وكذلك رواه البيهقي ، ووقع في « النهاية » عزوه إلىٰ عمر[1] .

فروع :

يكره أن يقول المملوك لمالكه : ربي ، بل يقول : سيدي ومولاي ، ويكره أن يقول السيد له : عبدي وأمتي ، بل يقول : غلامي وجاريتي ، أو فتاي وفتاتي ، ولا كراهة في إضافة رب إلىٰ غير المكلف ؛ كرب الدار ورب الغنم ، ويكره أن يقال للفاسق والمتهم في دينه : يا سيدي .

قال : (**وعليه علف دوابه وسقيها**) ؛ لحرمة الروح ، وفي الصحيح : « عذبت امرأة في هرة » ، وحديث جمل الأنصاري الذي شكىٰ مالكه[2] . . أصله مرسل ، ورواه أحمد وغيره مطولاً ، ولأنها ذات روح فأشبهت العبد ، فإن لم تكن ترعىٰ . . لزمه أن يعلفها ويسقيها إلى أول شبعها وريها دون غايتها ، وإن كانت ترعىٰ . . لزمه إرسالها لذلك حتىٰ تشبع وتروىٰ ، بشرط فقد السباع ووجود الماء ، فإن اكتفت بكل من المرعىٰ والعلف . . تخيَّر بينهما ، وإن لم تكتف إلا بهما . . لزماه .

وإذا احتاجت البهيمة إلى السقي ومعه ما يحتاج إليه لطهارته . . سقاها وتيمم .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .
(٢) أبو داوود (٢٥٤٢) ، وأحمد (١/ ٢٠٤) ، وأبو عوانة في « المسند » (٤٩٧) .

فَإِنِ ٱمْتَنَعَ . . أُجْبِرَ فِي ٱلْمَأْكُولِ عَلَىٰ بَيْعٍ أَوْ عَلْفٍ أَوْ ذَبْحٍ ، وَفِي غَيْرِهِ عَلَىٰ بَيْعٍ أَوْ عَلْفٍ . وَلاَ يَحْلُبُ مَا ضَرَّ وَلَدَهَا . . . .

و(العلف) بفتح اللام : مطعوم البهائم ، وبإسكانها : المصدر ، ويجوز هنا الأمران .

فرع :

في كتب الحنابلة : يجوز الانتفاع بالحيوان في غير ما خلق له ؛ كالبقر للحمل أو الركوب ، والإبل والحمير للحرث ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « بينما رجل يسوق بقرة إذ أراد أن يركبها فقالت : إنا لم نخلق لذلك » متفق عليه [خ ٣٤٧١ـ م ٢٣٨٨] ، المراد : أنه معظم منافعها ، ولا يلزم منه منع غير ذلك .

وقال أحمد : من شتم دابة . . قال الصالحون : لا تقبل شهادته ؛ لحديث المرأة التي لعنت الناقة .

وفي « صحيح مسلم » [٢٥٩٨] عن أبي الدرداء : « لا يكون اللعانون شفعاء ولا شهداء يوم القيامة » .

قال : (**فإن امتنع . . أجبر في المأكول علىٰ بيع أو علف أو ذبح ، وفي غيره علىٰ بيع أو علف**) ؛ صيانة لها عن الهلاك ، فإن لم يفعل . . فعل الحاكم ما تقتضيه المصلحة ، فإن كان له مال ظاهر . . بيع في النفقة ، فإن تعذر جميع ذلك . . فمن بيت المال ، ولا يجوز إرسال الطيور ونحوها ؛ لأنه في معنى السوائب .

قال : (**ولا يحلب[1] ما ضر ولدها**) ؛ لأنه غذاؤه كولد الأمة .

وروىٰ أحمد [٤/٧٦] وابن حبان [٥٢٨٣] والبيهقي [٨/١٤] عن ضرار بن الأزور قال : أهديت للنبي صلى الله عليه وسلم لقحة ، فأمرني أن أحلبها ، فحلبتها فجهدت حلبها ، فقال : « دع داعي اللبن » ، وهو : الذي يبقيه في الضرع ؛ لأنه يستدره ، واستغربه الذهبي في « الميزان » [٧/٢٧٥] قال : ولا أعرف لضرار سواه ، وله أن يحلب

---

(١) في هامش (ز) : (الحلَب ـ بفتح اللام ـ : اللبن المحلوب ، وهو أيضاً المصدر ، تقول منه : حلب يحلُب ـ بالضم ـ حلباً ، واحتلب أيضاً فهو حالب ، وهم حَلَبة بفتحتين . « مختار ») .

وَمَا لاَ رُوحَ لَهُ كَقَنَاةٍ وَدَارٍ لاَ تَجِبُ عِمَارَتُهَا .

ما فضل عن ريه ، والمراد : أن يفضل عما يقيمه حتىٰ لا يموت ، كذا قاله الروياني .

قال الرافعي : وقد يتوقف في هـٰذا القدر ولا يحلب أيضاً ما يضرها لقلة العلف ، وإن لم يضر بها . . كره تركه ؛ لما فيه من تضييع المال .

فروع :

يستحب أن يقص الحالب أظفاره ؛ لئلا يؤذيها[(١)] .

ويجب علىٰ مالك النحل أن يبقي في الكوارة شيئاً من عسلها لتأكله ، فإن كان في الشتاء وتعذر خروجها . . فيكون المستبقىٰ لها أكثر ، فإن قام شيء في مقام العسل في غذائها . . لم يتعين العسل ، فقد قيل : تشوىٰ دجاجة وتعلق بباب الكوارة .

وعلىٰ مقتني الكلب المباح اقتناؤه : أن يطعمه أو يرسله أو يدفعه لمن له الانتفاع به ، ولا يحل حبسه ليهلك جوعاً .

ودود القز يعيش بورق الفرصاد . . فعلىٰ مالكه تخليته ليأكل منه ، فإن عز الورق . . اشترىٰ له من مال المالك كنفقة الرقيق .

والظاهر : أنه يجب أن يلبس الخيل والبغال والحمير ما يقيها الحر والبرد الشديد إذا كان ذلك يضر بها .

قال : (**وما لا روح له كقناة ودار لا تجب عمارتها**) أي : علىٰ مالكها المطلق التصرف ، فإن ذلك تنمية للمال ولا يجب على الإنسان ذلك ، بخلاف البهائم ؛ فإنه يجب عليه ذلك ؛ لحرمة الروح ، وإليه يشير قول المصنف : (وما لا روح فيه) ، ولذلك يأثم إذا منع فضل الماء عن الحيوان ، ولا يأثم إذا منع فضله عن الزراعة ،

---

(١) في هامش (و) : (روىٰ أحمد [٣/ ٤٨٤] والبيهقي [٨/ ١٤] في « سننه » ـ وصححه ـ عن سوادة بن الربيع قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته ، فأمر لي بذود وقال : « إذا رجعت إلىٰ بيتك . . فمرهم فليحسنوا غذاء رباعهم ، ومرهم فليقلموا أظفارهم ، ولا يعبطوا بها ضروع مواشيهم إذا حلبوا » .

الرباع ـ جمع : ربع ـ وهو : الفصيل ينتج في الربيع ، ويعبطوا : يعقروا) .

. . . .

ويجوز في دار الحرب إتلاف الزروع وتخريب البستان دون ذبح الحيوان بها فافترقا .

هـٰذا في مطلق التصرف ، أما المحجور عليه . . فيجب علىٰ وليه عمارة داره وحفظ ثمره وزرعه بالسقي وغيره ، ولا خفاء أن علىٰ نظار الأوقاف حفظ رقابها ومستغلاتها .

ولو غاب الرشيد عن ماله غيبة طويلة ولا نائب له . . هل يلزم الحاكم أن ينصب من يعمر عقاره ويسقي زرعه وثمره من ماله؟ الظاهر : نعم ؛ لأن عليه حفظ مال الغائب كالمحجورين ، ولا تكره عمارة الدار وسائر العقار للحاجة ، والأولىٰ : ترك الزيادة على الحاجة ، وربما قيل : تكره الزيادة .

وفي « صحيح ابن حبان » [٣٢٤٣] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الرجل ليؤجر في نفقته كلها إلا في هـٰذا التراب » .

وفي « أبي داوود » : « كل ما أنفقه ابن آدم في التراب فهو عليه وبال يوم القيامة إلا ما » أي : إلا ما لا بد منه .

تتمة :

قال المتولي : يكره ترك عمارة الدار إلىٰ أن تخرب ، ولا يكره ترك زراعة الأرض ، ويكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الإمكان ؛ لما فيه من إضاعة المال ، وفي وجه : يجبر عليه كعلف الحيوان ، وصححه الروياني ، وقال في « المهمات » : مقتضى المذهب : تحريم ذلك ، كما جزموا به في مسألة إلقاء المتاع في البحر من غير خوف وفي ترك سقي الأشجار المرهونة ، قال : والصواب أن يقال : إن كان سبب الإضاعة ترك أعمال فلا تحريم ؛ لأن الأعمال قد تشق عليه ، وإن لم تكن أعمال كإلقاء المتاع في البحر . . حرم .

* * *

خاتمة

يكره للإنسان أنه يدعو علىٰ نفسه وولده وخدمه وماله ؛ لما روىٰ مسلم [٣٠٠٩] في آخر كتابه ، وأبو داوود [١٥٢٧] عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم : « لا تدعوا علىٰ أنفسكم ، ولا تدعوا علىٰ أولادكم ، ولا تدعوا علىٰ خدمكم ، ولا تدعوا علىٰ أموالكم ، لا توافقوا من الله ساعةً يُسأل فيها عطاءٌ فيستجيبُ لكم » .

وقد ضعَّف الناسُ محمدَ بن الحسن بن محمد النقاش المفسر مع جلالته ؛ لروايته عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله لا يقبل دعاء حبيب علىٰ حبيبه » ، وهو ضعيف عند الدارقطني وغيره .

ورویٰ أبو موسیٰ عن ابن عباس : أن أوس بن ساعدة الأنصاري دخل على النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ؛ إن لي بنات وأنا أدعو عليهن بالموت ، فقال : « يا ابن ساعدة ؛ لا تدعو عليهن ؛ فإن البركة في البنات ، هن المجملات عند النعمة ، والمنعيات عند المصيبة ، والممرضات عند الشدة ، ثقلهن على الأرض ، ورزقهن على الله تعالىٰ »[1] .

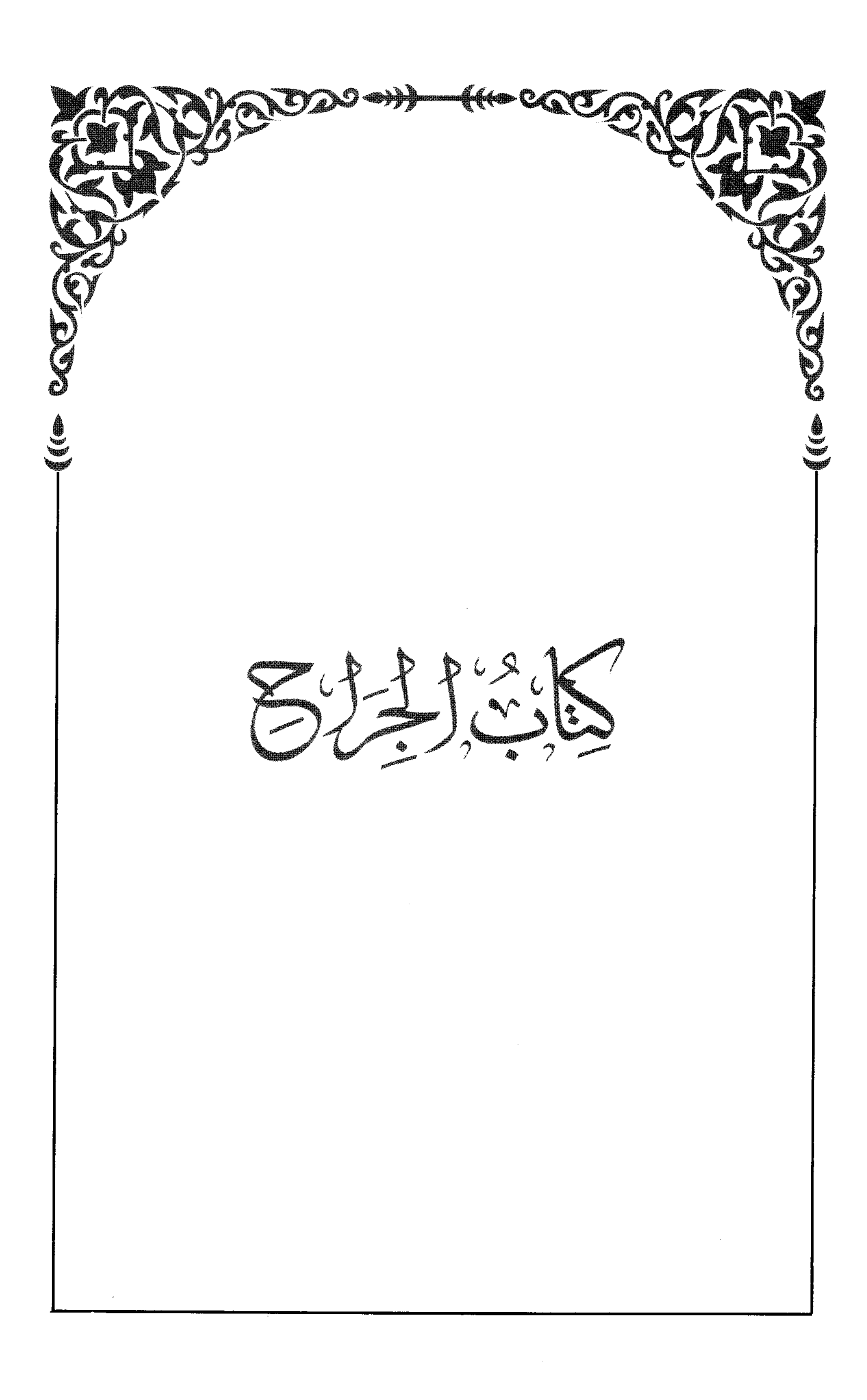
* * *

(١) انظر « كشف الخفاء » (٢/ ٣٧٩) ، و« لسان الميزان » (١/ ٢٧٠) .

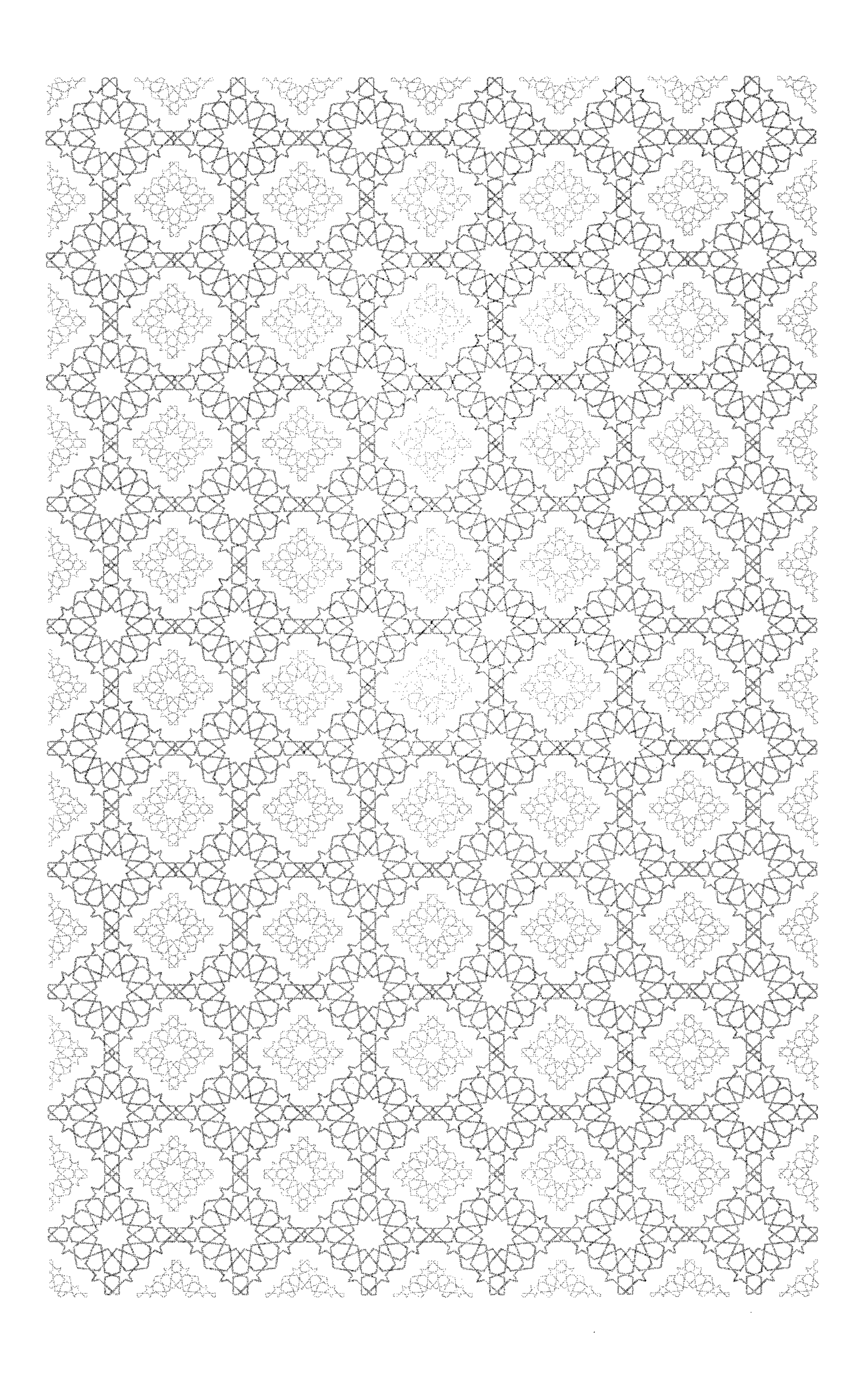
في هامش (د) : (فائدة : روى البيهقي في « الشعب » [٨٧٠٢] عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تكرهوا البنات ؛ فإنهن المؤنسات المجهزات » ، ورواه سعيد بن أبي هند مرسلاً) .

وجاء في خاتمتها : (يتلوه « كتاب الجراح » ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ، والحمد لله رب العالمين) .

وفي خاتمة النسخة (ز) : (تم الجزء الثالث من شرح الكمال الدميري على « المنهاج » ، يتلوه الجزء الرابع من « كتاب الجراح » والله أعلم) .



كِتَابُ الجِرَاحِ



كِتَابُ ٱلْجِرَاحِ

. . . .

كتاب الجراح[١]

هو بكسر الجيم جمع : جراح ، والجُرح بالضم الاسم ، والجمع : جروح ، ورجل جريح ، وامرأة جريح ، ورجال ونسوة جرحىٰ .

واجترح : اكتسب ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ ﴾ .

وجوارح الإنسان : أعضاؤه التي يكتسب بها ، وجوانحه : أطراف ضلوعه .

والجوارح من السباع والطير : ذوات الصيد .

وهـٰذا الكتاب يترجم بـ(الجراح) وبـ(القصاص) وبـ(الجنايات) ، وهي أشمل ؛ لصدقه على الجناية بالمحدد والمثقل ، إلا أنه لما كان الجراح أغلب طرق القتل . . عبر به .

وقتل الآدمي عمداً بغير حق أعظم الكبائر بعد الكفر ، وموجبٌ لاستحقاق العقوبة في الدنيا والآخرة ، ولا يتحتم خلوده في النار ، بل ولا دخوله ، وأمره إلى الله ؛ إن شاء . . عذبه ، وإن شاء . . غفر له وتقبل توبته .

وروىٰ مسلم والبخاري [٦٨٦٣] أيضاً عن ابن عمر أنه قال : إن من أعظم ورطات[٢] الأمر التي لا مخرج لمن أوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٧٦٧ـ م ٨٩] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات » قيل : وما هن يا رسول الله ؟ قال : « الشرك بالله ،

---

(١) في (ز) : (بسم الله الرحمـٰن الرحيم وبه ثقتي « كتاب الجراح ») .
وفي (ص) : (بسم الله الرحمـٰن الرحيم وهو حسبي ونعم الوكيل « كتاب الجراح ») .
وفي (د) : (بسم الله الرحمـٰن الرحيم ، رب يسر وأعن يا كريم « كتاب الجراح ») .

(٢) في هامش (و) : (الورطة : البلية التي يعسر الخروج منها) .

والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات » .

وفي « البيهقي » [٨/ ٢٢] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لو اجتمع أهل السماء وأهل الأرض علىٰ قتل امرىء مؤمن . . لعذبهم الله به » .

وفي « النسائي » [٧/ ٨٢] و « ابن ماجه » [٢٦١٩] و« الترمذي » [١٣٩٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لزوال الدنيا عند الله تعالىٰ أسهل من قتل امرىء مسلم » .

وقال صلى الله عليه وسلم : « من أعان علىٰ قتل مسلم ولو بشطر كلمة . . لقي الله وهو مكتوب بين عينيه : آيس من رحمة الله » رواه أحمد وابن ماجه [٢٦٢٠] والبيهقي [٨/ ٢٢] بإسناد ضعيف ، وعده ابن الجوزي من الموضوعات .

والإجماع منعقد علىٰ تحريم القتل الذي لم يبح ، وتتعلق به مؤاخذات في الدنيا منها : الكفارة ، والتعزير ، والقصاص أو الدية ، لـٰكن من استوفي منه القصاص أو الدية . . ظواهر الكتاب والسنة تدل علىٰ سقوط المطالبة عنه في الدار الآخرة .

وقسم في « الخصال » القتل إلىٰ : حرام ، وواجب ، ومباح .

فالحرام : قتل المعصوم ، والواجب : قتل المرتد ، والمباح : قتل الأسير ؛ لأن الإمام مخير فيه كما سيأتي .

وأما قتل الخطأ . . فلا يوصف بكونه حراماً ولا حلالاً ، كما لا يوصف بهما فعل المجنون والبهيمة ؛ لأن المخطىء غير مكلف فيما أخطأ فيه .

وعن الشيخ أبي حامد : أن قتل الخطأ محرم لا إثم فيه ، وهـٰذا تناقض .

قال : (**الفعل المزهق ثلاثة**) أي : ثلاثة أقسام (**عمد ، وخطأ ، وشبه عمد**) .

(المزهق) بكسر الهاء : القاتل ، يقال : زهقت نفسه تزهق ، أي : خرجت .

ووجه الحصر : أن الجاني إن لم يقصد عين المجني عليه . . فهو الخطأ ، وإن قصده ، فإن كان بما يقتل غالباً . . فهو العمد ، وإلا . . فشبه عمد .

وَلاَ قِصَاصَ إِلاَّ فِي ٱلْعَمْدِ ، وَهُوَ : قَصْدُ ٱلْفِعْلِ وَٱلشَّخْصِ بِمَا يَقْتُلُ غَالِباً ؛ . . .

ثم القصاص لا يختص بالنفس بل يجري في الأطراف كما سيأتي ، فلو قال : الجناية . . كان أشمل(١) .

ودليل كون القتل ثلاثة : ما روىٰ أبو داوود [٤٥٣٦] والنسائي [٨/ ٤١] وابن ماجه [٢٦٢٧] وابن حبان [٦٠١١] والشافعي [أم ٦/ ١٠٥ واللفظ له] عن سفيان بن عيينة ، عن علي بن زيد بن جدعان ، عن القاسم بن ربيعة ، عن عبد الله بن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط أو العصا مئة من الإبل مغلظة ؛ منها : أربعون خلفة في بطونها أولادها » .

وروى البيهقي [٨/ ٤٤] عن محمد بن خزيمة أنه قال : حضرت مجلس المزني يوماً فسأله رجل من العراق عن شبه العمد فقال : إن الله وصف القتل في كتابه بصفتين : عمد وخطأ ، فلم قلتم : إنه ثلاثة أصناف ؟! فاحتج المزني بهـٰذا الحديث ، فقال المناظر : أتحتج علي بعلي بن زيد بن جدعان ، فسكت المزني ، فقلت للمناظر : قد رواه جماعة غيره ، منهم : أيوب السختياني وخالد الحذاء ، فقال للمزني : أنت تناظر أم هـٰذا ؟ فقال : إذا جاء الحديث . . فهو يناظر ؛ لأنه أعلم به مني ، ثم أتكلم .

قال : (**ولا قصاص إلا في العمد**) سواء مات في الحال أو بعده بسراية تلك الجراحة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ .

وقوله : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ الآية .

وقد ورد في شرعنا تقريره ، فقال صلى الله عليه وسلم لما كسرت ثنية الربيع : « كتاب الله القصاص » ، ولهـٰذا أدخله البخاري [٤٥٠٠] في تفسير (سورة المائدة) ، وإنما لم يجب في شبه العمد ؛ للحديث المذكور قبله ، ولا في الخطأ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ ، فأوجب الدية ولم يتعرض للقصاص .

قال : (**وهو : قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً**) ، هـٰذه عبارة الجمهور ،

---

(١) في هامش (ص) : (أجيب عنه بأنه قال بعد : « يشترط لقصاص الطرف ما يشترط للنفس ») .

وأورد عليها : أن من قطع أنملة شخص فمات . . يجب عليه القصاص ، مع أنه لا يقتل غالباً .

وأجيب بأن المراد بـ(ما يقتل غالباً) : الآلة لا نفس الفعل .

وما جزم به المصنف من كون العمد يعتمد فيه تعيين الشخص . . قد اختلف فيه كلام « الروضة » : فجزم به هنا وفي الباب الرابع المعقود لموجب الدية ، وخالف الموضعين قبيل (الديات) ، فرجح من زوائده وجوب القصاص إذا رمىٰ إلىٰ جماعة وقصد إصابة واحد منهم فأصاب واحداً[1] .

قال : (**جارح أو مثقل**) ، هـٰذا علم من كلامه المتقدم ، لـٰكنه أراد به التنبيه علىٰ خلاف أبي حنيفة ؛ فإنه لم يوجبه في المثقل ، ولو حذفه كان أولىٰ ؛ لأنه يرد عليه ما لو قتله بسحره الذي يقتل غالباً ؛ فإن فيه القصاص كما سيأتي ، مع أنه ليس بجارح ولا مثقل .

ويجوز في لفظه الجر على البدلية ، والرفع على القطع .

فأما وجوب القصاص في الجارح . . فبالإجماع ، ولا فرق فيه بين السيف والسكين ، والحديد والنحاس ، والقصب والحجر ، والخشب المحدودين والزجاج ، ومنه الطعن بالسنان والمسلة .

والمراد بـ(المثقل) : ما يقتل غالباً كالحجر والدبوس الكبيرين ، والتحريق والصلب ، وهدم الجدار أو السقف عليه ، ودفنه حياً ، وعصر أنثييه عصراً شديداً .

واستدل الجمهور للقصاص في المثقل بقوله تعالىٰ : ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ هـٰذا قتل مظلوماً .

وفي « سنن أبي داوود » [٤٥٦١] وغيرها عن حمل بن مالك : (أن النبي صلى الله

(١) في هامش (ص) : (قال الشيخ شمس الدين الجوهري : قلت : وقد ترجح كونه خطأ بأن قصد المبهم لا يتصور ، وبتقدير تصويره فالمعين غيره ، فالذي قصده لم يقع به الفعل ، والذي وقع به الفعل غير المقصود ، وأيضاً فاتفاق الشيخين علىٰ تصحيحه يرجحه علىٰ ما انفرد به غيرهما بترجيحه ، والله أعلم) .

فَإِنْ فُقِدَ قَصْدُ أَحَدِهِمَا ؛ بِأَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ فَمَاتَ ، أَوْ رَمَىٰ شَجَرَةً فَأَصَابَهُ . . فَخَطَأٌ . وَإِنْ قَصَدَهُمَا بِمَا لاَ يَقْتُلُ غَالِباً . . فَشِبْهُ عَمْدٍ ، ومِنْهُ : ٱلضَّرْبُ بِسَوْطٍ أَوْ عَصاً . .

عليه وسلم قضىٰ في امرأة قتلت امرأة بمسطح بالقتل) .

و(المسطح) : عود من أعواد الخباء .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٤١٣ـ م ١٦٧٢] : (أن جارية وجدت وقد رض رأسها بين حجرين فقيل لها : من فعل بك هـٰذا ؟ فلان ، فلان . . . إلىٰ أن ذكر يهودي ، فأشارت برأسها : أن نعم ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يرض رأسه بين حجرين)[(١)] .

وقد وافقنا أبو حنيفة علىٰ أن القتل بالعمود الحديد يوجب القود ، فقيس عليه غيره ، ولأن القصاص شرع لصيانة النفس ، فلو لم يجب بالمثقل . . لما حصلت الصيانة .

قال : (**فإن فُقد قصد أحدهما ؛ بأن وقع عليه فمات ، أو رمىٰ شجرة فأصابه . . فخطأ**) .

(الخطأ) بالهمز : نقيض الصواب ، فالفعل القاتل للغير إذا لم يقصد أصله كما لو تزلق فسقط علىٰ غيره فمات ، أو لم يقصد الشخص نفسه كما إذا رمىٰ إلىٰ صيد فأصاب إنساناً . . فهو خطأ محض لا يتعلق به قصاص .

وفي المثال الأول نظر ؛ فإن الواقع لا ينسب إليه فعل ، فضلاً عن كونه خطأ ، ولعل المراد : حكم فعله حكم الخطأ ؛ لقربه منه وبعده عن غيره .

قال : (**وإن قصدهما بما لا يقتل غالباً . . فشبه عمد**) ؛ لأنه أشبه العمد في القصدين .

واحترز بقوله : (غالباً) عما يكون القتل به نادراً ، كما لو غرز إبرة في غير مقتل ولم يعقبها ورم فمات . . فلا قصاص فيه كما سيأتي .

قال : (**ومنه**) أي : من شبه العمد (**الضرب بسوط أو عصاً**) ؛ للحديث السابق ، لـٰكنه في « الشرح » و« الروضة » مقيد بما إذا كانت خفيفة ولم يوال بين

---

(١) في هامش (ص) : (وكأنه اعترف أو قامت عليه حجة) .

فَلَوْ غَرَزَ إِبْرَةً بِمَقْتَلٍ . . فَعَمْدٌ ، وَكَذَا بِغَيْرِهِ إِنْ تَوَرَّمَ وَتَأَلَّمَ حَتَّىٰ مَاتَ ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ أَثَرٌ وَمَاتَ فِي ٱلْحَالِ . . فَشِبْهُ عَمْدٍ ، وَقِيلَ : عَمْدٌ ، وَقِيلَ : لاَ شَيْءَ . . . .

الضربات ولم يكن الضرب في مقتل أو المضروب صغيراً أو ضعيفاً ، فإن كان فيه شيء من ذلك . . فهو عمد ؛ لأنه يقتل غالباً في هـٰذه الأحوال .

قال : (**فلو غرز إبرة بمقتل . . فعمد**) ؛ لخطر ذلك وشدة تأثيره ، فالقليل في هـٰذه المواضع يعمل عمل الكثير في غيرها .

فمن المقاتل : العينان ، والدماغ ، وأصول الأذنين ، والحلق ، والخاصرة ، والإحليل ، والأنثيان ، والمثانة ، و(العجان) وهو : ما بين القبل والدبر ، ويسمىٰ : العضرط ، و(الأجدعان) وهما : عرقان في صفحتي العنق قد خفيا وبطنا ، وقيل : هما الودجان .

قال : (**وكذا بغيره**) أي : بغير المقتل ، كالألية والعضد والفخذ (**إن تورم وتألم حتىٰ مات**) ، فيجب القصاص ؛ لظهور أثر الجناية وسرايتها إلى الهلاك ، ولم يذكر في « الحاوي الصغير » الألم بل اقتصر على التورم ؛ لأن الغالب : أنه لا يخلو عنه ، وصحح المصنف في كلامه على « الوسيط » : الوجوب إذا دام الألم بلا ورم[1] .

قال : (**فإن لم يظهر**) له (**أثر ومات في الحال . . فشبه عمد**) ؛ لأنه لا يقتل عادة ، فأشبه ما إذا مات بعد مدة من غير تورم ولا تألم .

وليس المراد (بعدم ظهور الأثر) : ألا يظهر أصلاً ؛ فإنه لا بد من ألم ما ، لـٰكن المراد : أنه لا يشتد الألم .

قال : (**وقيل : عمد**) كالجراحات الصغيرة بغير الإبرة .

قال : (**وقيل : لا شيء**) أي : لا قصاص ولا دية ؛ إحالةً على الموت بسبب آخر ، وبهـٰذا قال ابن سريج والإصطخري وابن خيران والطبري .

---

(١) في هامش (ص) : (قال البُلقيني : الصحيح : أنه لا يجب بالألم فقط إذا كان مثله لا يقتل غالباً ، فإن مات في الحال . . فالمعتمد : أنه شبه عمدٍ .
قال الأذرعي في « شرح المنهاج » : ظاهر كلام الأصحاب : أن الألم وحده كافٍ) اهـ

وَلَوْ غَرَزَ فِيمَا لاَ يُؤْلِمُ كَجِلْدَةِ عَقِبٍ . . فَلاَ شَيْءَ بِحَالٍ . وَلَوْ حَبَسَهُ وَمَنَعَهُ ٱلطَّعَامَ وَٱلشَّرَابَ وَٱلطَّلَبَ حَتَّىٰ مَاتَ : فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يَمُوتُ مِثْلُهُ فِيهَا غَالِباً جُوعاً وَعَطَشاً . . فَعَمْدٌ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ جُوعٌ وَعَطَشٌ سَابِقٌ . . فَشِبْهُ عَمْدٍ ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُ جُوعٍ وَعَطَشٍ وَعَلِمَ ٱلْحَابِسُ ٱلْحَالَ . . فَعَمْدٌ ، . . . .

قال : (**ولو غرز فيما لا يؤلم كجلدة عقب . . فلا شيء بحال**) ؛ للعلم بأنه لم يمت منه ، وإنما هو موافقة قدر ، كما لو ألقىٰ عليه خرقة أو ضربه بقلم فمات .

ومحل ما ذكره المصنف : إذا لم يبالغ في إدخال الإبرة ، فإن بالغ . . وجب القود قولاً واحداً ، صرح به الأصحاب .

قال : (**ولو حبسه ومنعه الطعام والشراب والطلب حتىٰ مات : فإن مضت مدة يموت مثله فيها غالباً جوعاً وعطشاً . . فعمد**) ؛ إحالة للهلاك على السبب الظاهر المفضي إلى الموت غالباً ، وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوةً وضعفاً ، والزمانِ حرارةً وبرودة ، فإن فقد الماء في الحر . . ليس كفقده في البرد ، وفقد الماء يهلك سريعاً ، بخلاف فقد الأكل ، فيعتبر ذلك ، وإليه أشار بقوله : (**مدةٌ يموت مثله فيها**) .

وإنما عطف بـ(أو) ليفيد : أن فقد أحدهما كاف إذا هلك به ، فإن كان عنده الطعام والشراب لـٰكنه لم يتناوله خوفاً أو حزناً أو أمكنه الطلب فلم يفعل . . فلا شيء علىٰ حابسه ؛ لأنه قتل نفسه .

وقال في « البحر » : لاحدَّ لأقل الجوع وإنْ حده الأطباء باثنين وسبعين ساعة متصلة ؛ فقد واصل عبد الله بن الزبير سبعة عشر يوماً ، واختبأ أبو ذر تحت أستار الكعبة بضعة عشر يوماً يخرج في الليل فيشرب من ماء زمزم ، ومع ذلك سمن حتىٰ تكسرت عُكَن بطنه .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم تمض تلك المدة المذكورة ومات (**فإن لم يكن به جوع وعطش سابق . . فشبه عمد**) ؛ لأنه لا يقتل غالباً (**وإن كان بعض جوع وعطش وعلم الحابس الحال . . فعمد**) ؛ لظهور قصد الإهلاك .

و(الواو) في قوله : (وعطش) بمعنىٰ (أو) ، ولو أفصح بها . . كان أولىٰ .

قال : (وإلا) أي : وإن لم يعلم الحابس الحال (. . **فلا في الأظهر**) ؛ لأنه لم يقصد إهلاكه ولا أتىٰ بما هو مهلك .

وشبه ذلك بما إذا دفع إنساناً دفعاً خفيفاً فسقط علىٰ سكين خلفه وهو جاهل بها . . فلا قود .

والثاني : يجب ، كما لو ضرب[1] المريض بما يهلكه وهو لا يعلم مرضه ، فإن لم نوجب القصاص . . فقولان :

أحدهما : تجب الدية بتمامها دية العمد إن كان عالماً ، ودية شبه العمد إن كان جاهلاً .

وأظهرهما ـ وبه قطع الأكثرون ـ : يجب نصف دية العمد أو شبه العمد .

وإن أوجبنا القصاص . . وجبت دية عمد بكمالها .

كل هـٰذا إذا كان المحبوس حراً ، فإن كان عبداً . . فإنه يضمن بوضع اليد إذا مات في الحبس .

وقال أبو حنيفة : إذا حبس حراً صغيراً فلسعته حية فمات . . ضمنه بالدية .

وسيأتي في التتمة التي قبل (الديات) عن المتولي : أنه إذا قتله بالدخان . . وجب القصاص ، وهناك نقل الشيخان عن « فتاوى الغزالي » : لو افتصد فمنعه رجل من أن يعصب العرق حتىٰ مات ، أو عصبه فحله رجل ومنعه من إعادة العصابة حتىٰ مات . . وجب القود ؛ لأنه طريق يقصد به القتل غالباً .

---

(١) في هامش (ص) : (ضربه ولم يعلم مرضه ضرباً فقتله . . فلا يقتل الصحيح .
قال الشيخان : إن أوجبنا القصاص . . وجبت دية عمد كاملة إن كان عالماً ، وإلا . . فدية شبه العمد ، وإن لم نوجب . . فالأظهر : أنها تجب به نصف دية العمد أو شبه العمد . اهـ
أي : نصف دية العمد إن كان عالماً ، وإلا . . فدية نصف شبه العمد إن كان جاهلاً .
واقتصر غيرهما على نصف دية شبه العمد وهو الملائم للتصريح ، قاله المزني .
قلت : وظهر : أن معنى قول الشيخين : « أوجبنا القصاص . . وجبت دية عمد » أي : فيما إذا عفا) .

وَيَجِبُ ٱلْقِصَاصُ بِٱلسَّبَبِ ، فَلَوْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ فَقُتِلَ ثُمَّ رَجَعَا وَقَالاَ : تَعَمَّدْنَا . . لَزِمَهُمَا ٱلْقِصَاصُ إِلاَّ أَنْ يَعْتَرِفَ ٱلْوَلِيُّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِهِمَا . . . .

وعن القاضي حسين : لو عراه حتىٰ مات بالحر أو بالبرد . . فهو كما لو منعه الطعام أو الشراب .

ولو أخذ طعامه أو شرابه أو ثيابه في مفازة فمات جوعاً أو عطشاً أو برداً . . فلا قصاص ؛ لأنه لم يقصد قتله وإنما قصد تحصيل شيء لنفسه ، ولا دية أيضاً ؛ لأنه لم يُحدث فيه فعلاً يقتضي إهلاكه .

قال : (**ويجب القصاص بالسبب**)[1] ، وهو الذي يتوصل به إلى القتل ؛ إقامة له مقام المسبب .

قال : (**فلو شهدا بقصاص فقتل ثم رجعا وقالا : تعمدنا . . لزمهما القصاص**) ؛ لما روى البخاري تعليقاً[2] ، والشافعي والبيهقي [١٠/٢٥١] مسنداً : أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه علىٰ رجل بسرقة فقطعه ، ثم رجعا عن شهادتهما فقال : (لو أعلم أنكما تعمدتما . . لقطعت أيديكما) .

ولأنه سبب يفضي إلى الهلاك غالباً في شخص معين فأوجب القصاص كالإكراه الحسي ، بل جعله الإمام أبلغ من الإكراه ؛ لأن المكره قد يؤثر هلاك نفسه علىٰ سفك دم محرم ، والقاضي لا محيص له عن الحكم بشهادتهما ، وكذلك لو شهدا علىٰ طرف أو شهدا بردة أو بسرقة فقطع ثم رجعا عن الشهادة ، فإن سرىٰ . . فعليهم القصاص في النفس .

قال : (**إلا أن يعترف الولي بعلمه بكذبهما**) ، فلا قصاص عليهما ؛ لأنهما لم يلجئاه لا حساً ولا شرعاً ، إنما هما كالممسك مع القاتل .

هـٰذا بالنسبة إلى الشهادة ، أما الرواية ، فإذا أشكلت واقعة علىٰ حاكم ، فروىٰ له إنسان فيها خبراً ، فقتل الحاكم به رجلاً ، ثم رجع الراوي وقال : تعمدت الكذب . .

---

(١) في هامش (ز) : (أو المباشرة ، وكان الأحسن تقديم هـٰذا على مسألة الحبس ؛ فإنها من الأسباب) اهـ

(٢) في الديات ، باب : إذا أصاب قومٌ من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم؟ .

وَلَوْ ضَيَّفَ بِمَسْمُومٍ صَبِيّاً أَوْ مَجْنُوناً فَمَاتَ . . وَجَبَ ٱلْقِصَاصُ ، . . . .

ففي « فتاوى البغوي » : ينبغي أن يجب القصاص كالشاهد يرجع .

قال الرافعي قبيل (الديات) : والذي ذكره الإمام والقفال في « فتاويه » المنع ؛ فإن الخبر لا يختص بالواقعة ، بخلاف الشهادة .

ولو استفتى القاضي شخصاً فأفتاه بالقتل ثم رجع . . فهو فيما يظهر كراوي الخبر لا كالشاهد ، وقد ذكر المصنف في (كتاب الشهادات) رجوع الولي وحده ، وهناك يأتي بيانه إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**ولو ضيف بمسموم صبياً أو مجنوناً فمات . . وجب القصاص**) ؛ لأنه ألجأهما إلىٰ ذلك ، سواء قال لهما : هو مسموم أو لم يقل ، وسواء ناوله إياه وقال : كل ، أو قدمه إليه ضيافة .

وصورة المسألة : أن يكون السم يقتل غالباً ، وإنما لم يقيده المصنف به ؛ لأن السم لا يطلق حقيقة إلا عليه وإن خالفوا هـٰذا الاصطلاح في مداواة الجرح بمسموم .

قال الرافعي : ولم يفرقوا بين الصبي المميز وغيره ، ولا نظروا إلى الخلاف في : أن عمده عمد أو خطأ ؟ وللنظر في ذلك مجال . اهـ

وقد فرق بينهما ابن الصباغ والمتولي ، وهو مقتضىٰ ما في « البيان » و« التهذيب » .

ولو كان السم لا يقتل غالباً إلا الضعيف أو في فصل . . اعتبر فيما ذكرناه ضعف المكره وذلك الفصل ، وإلا . . فلا قصاص .

وفي قول : إن السم وإن كان مما لا يقتل غالباً ومات الموجَر به . . يجب القصاص ؛ لأن له نكايات في الباطن ، فأشبه الجراحة .

و(السم) : شيء يضاد القوة الحيوانية وهو مثلث السين ، والثلاث لغات في : ﴿ سَمِّ ٱلْخِيَاطِ ﴾ .

واقتصر الجوهري فيه على الضم والفتح ، ويجمع علىٰ : سموم وسمام .

ووقع في كلام الرافعي وغيره : سم موح ، وهو بتشديد الحاء المهملة ، أي : المسرع .

أَوْ بَالِغاً عَاقِلاً وَلَمْ يَعْلَمْ حَالَ ٱلطَّعَامِ . فَدِيَةٌ ، وَفِي قَوْلٍ : قِصَاصٌ ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ شَيْءَ . . . .

قال : (**أو بالغاً عاقلاً ولم يعلم**) أي : الضيف (**حال الطعام . . فدية**) ؛ لغروره ، ولا قود ؛ لأنه تناوله باختياره ، فإن علم الضيف بالحال . . فلا شيء على المقدم بحال ، والآكل هو المهلك لنفسه .

وأطلق المصنف (الدية) ولم يبين : هل هي دية عمد أو شبه عمد ؟ وعبارة « المحرر » : إذا قلنا : لا قصاص . . فالأقرب : أنه شبه عمد .

قال : (**وفي قول : قصاص**) ؛ لإفضائه إلى الهلاك غالباً في شخص معين ، فأشبه الإكراه ، وبهـٰذا قال مالك ، ورجحه البغوي والصيمري وآخرون .

واحتج له المتولي وغيره بما روىٰ أبو داوود [٤٥٠٢] : أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدت له يهودية بخيبر شاة مصلية وقد سمتها ، فأكل منها وأكل رهط من أصحابه ، فمات بشر بن البراء بن معرور ، فأرسل إلى اليهودية فقال : « ما حملك علىٰ ما صنعت ؟ » فقالت : قلت : إن كان نبياً . . فلن يضره ، وإن لم يكن نبياً . . استرحنا منه ، فأمر بها صلى الله عليه وسلم فقتلت .

وللأول أن يجيب بأنه مرسل ؛ لأن الزهري لم يسمع من جابر شيئاً ، والمحفوظ أنه صلى الله عليه وسلم قيل له : ألا تقتلها ؟ فقال : « لا » كذا أخرجه البخاري [٢٦١٧] ومسلم [٢١٩٠] ، لـٰكن جمع البيهقي [٨/٤٧] بينهما بأنه لم يقتلها في الابتداء ، فلما مات بشر أمر بقتلها ، وهي زينب بنت الحارث بن سلام ، وقال ابن إسحاق : هي أخت مرحب اليهودي .

وروىٰ معمر بن راشد عن الزهري : أنها أسلمت ، وضعف في « البحر » الاستدلال بهـٰذا الحديث بأنها لم تقدم الشاة إلى الأضياف ، إنما بعثت بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو أضاف أصحابه ، وما هـٰذا سبيله لا يلزم به قصاص .

قال : (**وفي قول : لا شيء**) ؛ تغليباً للمباشرة ، وأنكره جماعة ، وقالوا : لا يصح .

ولو أكرهه علىٰ شرب السم القاتل . . فقولان : قال الرافعي : والوجه : أن يكون

وَلَوْ دَسَّ سُمّاً فِي طَعَامِ شَخْصٍ ٱلْغَالِبُ أَكْلُهُ مِنْهُ فَأَكَلَهُ جَاهِلاً . . فَعَلَى ٱلأَقْوَالِ . .

كالكراهة علىٰ قتل نفسه ، وستأتي المسألتان ، وصرح في « الكفاية » بنقل هـٰذا عن الإمام والمتولي و« تعليق القاضي حسين » .

قال : (**ولو دس سماً في طعام شخص الغالب أكله منه فأكله جاهلاً . . فعلى الأقوال**) أي : التي تقدمت ؛ لأنه يعد مهلكاً له عرفاً ، هـٰذه أصح الطرق .

والثانية : القطع بالمنع ؛ لفقد التعزير منه .

والثالثة : يضمن قطعاً ، حكاهما ابن القطان في « الفروع » .

واحترز بقوله : (في طعام شخص) عما إذا دسه في طعام نفسه فأكل منه شخص عادته الدخول إليه ؛ فإنه هدر .

وقوله : (الغالب أكله منه) زيادة علىٰ « المحرر » ، وهي في « الشرحين » ، ولم يتعرض لها الأكثرون ، فاحترز بها عما إذا كان أكله منه نادراً ؛ فإنه هدر أيضاً .

فائدة :

روى الزهري : أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه والحارث بن كلدة كانا يأكلان حريرة أهديت لأبي بكر ، فقال الحارث ـ وكان طبيباً ـ : والله إن فيها سم سنة ، وأنا وأنت نموت في يوم واحد ، فرفع يده ، فلم يزالا عليلين حتىٰ ماتا في يوم واحد عند انقضاء السنة[1] .

ولما غزا خالد بن الوليد الحيرة . . جاءه عبد المسيح بن عمرو بن بقيلة ومعه سم ساعة ، فقال له خالد : ما هـٰذا ؟ فقال : سم ساعة إن نالني مكروه . . تناولته ، فأخذه خالد من يده وقال : باسم الله خير الأسماء الذي لا يضر مع اسمه شيء الرحمـٰن الرحيم ، ثم اقتحم السم ، فلم يضره منه شيء ، فقال له ابن بقيلة : والله! لتملكن ما أردتم ما دام أحد منكم هـٰكذا[2] .

(١) ذكرها ابن سعد في « الطبقات » (٣/ ١٩٨) .
(٢) ذكرها ابن الأثير في « الكامل » (٢/ ٢٣٩) والطبري في « التاريخ » (٢/ ٣١٧) .

وَلَوْ تَرَكَ ٱلْمَجْرُوحُ عِلاَجَ جُرْحٍ مُهْلِكٍ فَمَاتَ. . وَجَبَ ٱلْقِصَاصُ . وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ لاَ يُعَدُّ مُغْرِقاً كَمُنْبَسِطٍ فَمَكَثَ مُضْطَجِعاً حَتَّىٰ هَلَكَ. . فَهَدَرٌ ، أَوْ مُغْرِقٍ لاَ يَخْلُصُ مِنْهُ إِلاَّ بِسِبَاحَةٍ : فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْهَا أَوْ كَانَ مَكْتُوفاً أَوْ زَمِناً. . فَعَمْدٌ ، وَإِنْ مَنَعَ مِنْهَا عَارِضٌ كَرِيحٍ وَمَوْجٍ . فَشِبْهُ عَمْدٍ ، وَإِنْ أَمْكَنَتْهُ فَتَرَكَهَا. . فَلا دِيَةَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

وكان ابن بقيلة معمَّراً ، بلغ ثلاث مئة وخمسين سنة ، وسيأتي ذكره قبيل (باب الجزية) .

قال : (**ولو ترك المجروح علاج جرح مهلك فمات. . وجب القصاص**) أي : على الجارح بلا خلاف ؛ لأن البرء غير موثوق به والجناية في نفسها مهلكة ، وليس كما لو حبسه في بيت والطعام حاضر فلم يأكل حتىٰ مات ؛ لأن نفس الحبس غير مهلك .

قال : (**ولو ألقاه في ماء لا يعد مغرقاً كمنبسط فمكث مضطجعاً حتىٰ هلك. . فهدر**) ؛ لأنه هلك باستدامة منسوبة إليه دون ملقيه ، فأشبه ما لو خرج ثم عاد ، وسواء كان الماء جارياً أو راكداً .

وقوله : (مضطجعاً) ليس بقيد ؛ فإن المستلقي والمنكب والجالس كذلك ولم يفرقوا في هٰذا القسم بين المميز وغيره ، ولا بين القادر على الحركة وغيره ، والظاهر : أن المراد : المميز والقادر على الخروج منه ؛ فإنهم صرحوا بأنه لو كتفه وألقاه علىٰ هيئة لا يمكنه الخلاص. . وجب القود .

قال : (**أو مغرق لا يخلص منه إلا بسباحة : فإن لم يحسنها أو كان مكتوفاً أو زمناً. . فعمد**) ؛ لأنه مهلك لمثله .

و(السباحة) : العوم ، قال الجوهري : يقال : إنه لا يُنسىٰ .

قال : (**وإن منع منها عارض كريح وموج. . فشبه عمد**) ، فتجب ديته ولا قود .

قال : (**وإن أمكنته فتركها. . فلا دية في الأظهر**) ؛ لأنه بترك السباحة متلف لنفسه ، فأشبه إعراض المحبوس عن أكل الطعام .

أَوْ فِي نَارٍ يُمْكِنُهُ ٱلْخَلاَصُ فَمَكَثَ. . فَفِي ٱلدِّيَةِ ٱلْقَوْلاَنِ . وَلاَ قِصَاصَ فِي ٱلصُّورَتَيْنِ ، وَفِي ٱلنَّارِ وَجْهٌ . . . .

والثاني : تجب الدية ؛ لأن الإلقاء مهلك والسباحة حيلة دافعة ، فأشبه ما لو امتنع من معالجة الجرح ، وقيل : تجب قطعاً ، وقيل : لا قطعاً .

ولو كتفه وطرحه على الساحل فزاد الماء وأغرقه ، فإن كان في موضع تعلم زيادة الماء فيه كالمد بالبصرة . . فهو عمد موجب للقصاص ، وإن كان قد يزيد وقد لا يزيد . . فهو شبه عمد ، وإن كان بحيث لا تتوقع الزيادة فاتفق سيل نادر . . فهو خطأ محض .

قال : (**أو في نار يمكنه الخلاص فمكث . . ففي الدية القولان**) ، هما منسوبان إلىٰ رواية الربيع ، وأصحهما : المنع ، كما تقدم في مسألة الماء .

وقيل في مسألة الماء : لا تجب قطعاً ، والقولان في النار ؛ لأن النار متلفة لا يقدم الناس عليها مختارين ، بخلاف الماء ؛ فإنه قد يقدم عليه لسباحة أو تبرد أو تنظيف ، وعلى الأصح : يجب على الملقي أرش ما عملت فيه النار من حين إلقائه إلىٰ أن أمكنه الخروج .

قال الجيلي : فإن لم تمكن معرفة قدر الأرش . . لم يلزمه إلا التعزير .

قال ابن الرفعة : ولو قيل : يلزمه المحقق . . كان أولىٰ .

قال : (**ولا قصاص في الصورتين**) أي : في صورتي الإلقاء في الماء والنار ؛ لأنه الذي قتل نفسه (**وفي النار وجه**) ؛ لأنها تؤثر وتقرح بأول المس ، بخلاف ملاقاة الماء ، علىٰ أن في الماء قولاً أو وجهاً أيضاً بالوجوب .

واحترز بقوله : (يمكنه الخلاص) عما إذا لم يمكنه ، لعظمها ، أو كونها في وهدة ، أو كونه مكتوفاً أو زمناً أو صغيراً فمات منها ، أو خرج منها متأثراً متألماً وبقي ضعيفاً ضَمِناً إلىٰ أن مات ؛ فعليه القصاص .

ولو قال الملقي: كان يمكنه التخلص مما ألقيته فيه من ماء أو نار ، وكذبه الولي . . فالأصح[1] : تصديق الوارث ؛ لأن الظاهر : أنه لو أمكنه الخروج . . لخرج .

---

(١) في (ت) : (فالراجح) .

وَلَوْ أَمْسَكَهُ فَقَتَلَهُ آخَرُ ، أَوْ حَفَرَ بِئْراً فَرَدَّاهُ فِيهَا آخَرُ ، أَوْ أَلْقَاهُ مِنْ شَاهِقٍ فَتَلَقَّاهُ آخَرُ فَقَدَّهُ . . فَٱلْقِصَاصُ عَلَى ٱلْقَاتِلِ وَٱلْمُرْدِي وَٱلْقَادِّ فَقَطْ . . . .

وقيل : الملقي ؛ لأن الأصل براءة ذمته .

قال : (**ولو أمسكه فقتله آخر ، أو حفر بئراً فرداه فيها آخر ، أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر فقده . . فالقصاص على القاتل والمردي والقاد فقط**) ، أما الممسك . . فلا شيء عليه إلا الإثم والتعزير ؛ لما روى الدارقطني [٣/١٤٠] والبيهقي [٨/٥٠] بإسناد صحيح عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أمسك الرجل الرجل حتىٰ جاء آخر فقتله . . قتل القاتل ويصبر الممسك » أي : يحبس تأديباً ، قال البيهقي : والصواب إرساله ، وصحح ابن القطان رفعه .

ولأنه لو أمسك امرأة حتىٰ زنىٰ بها غيره . . حد الزاني لا الممسك ، وبهٰذا قال جماعة من العلماء .

وقال ربيعة : يحبس الممسك حتىٰ يموت .

وقال مالك : إن أمسكه للقتل . . فهما شريكان وعليهما القصاص .

هٰذا في الحر ، فإن كان المقتول عبداً . . فللمالك مطالبة الممسك أيضاً ، وقرار الضمان على القاتل ، بخلاف ما لو أمسك المحرم صيداً فقتله حلال وهو في يد المحرم ؛ فالضمان على المحرم علىٰ تناقض فيه للرافعي والمصنف ، وفرقوا بأنه ضمان يد وهنا ضمان إتلاف ، وجعلوا سلب القتيل للقاتل والممسك ؛ لاندفاع شر الكافر بهما .

وشرط مسألة الكتاب : أن يكون القاتل مكلفاً ، فلو أمسكه وعرضه لمجنون أو سبع فقتله . . فالقصاص على الممسك بلا خلاف ؛ لأنه يعد قاتلاً .

وأما مسألة حفر البئر . . فلأنه شرط والتردي سبب ، والشروط لا يتعلق بها ضمان .

وكان الصواب : أن يعبر كما في « الشرح » و« الروضة » بنفي الضمان ؛ لأنه الذي يتعلق بالحافر لا القصاص .

وأما مسألة الإلقاء من شاهق . . فالقصاص على المتلقي دون الملقي ، ولا دية عليه

وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ فَٱلْتَقَمَهُ حُوتٌ.. وَجَبَ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، أَوْ غَيْرِ مُغْرِقٍ.. فَلاَ . . . .

أيضاً إذا آل الأمر إليها ، سواء عرف الملقي الحال أم لا ، ولا فرق في نفي الضمان عن الملقي بين كون القاد ممن يضمن أو لا يضمن كالحربي .

و(القد) في اللغة هو : القطع طولاً و (القط) : القطع عرضاً ، ومنه : قط القلم .

قال : (**ولو ألقاه في ماء مغرِق**) وهو : الذي لا يمكنه الخلاص منه (**فالتقمه حوت.. وجب القصاص في الأظهر**) ؛ لأن طرحه في اللُّجَّة إتلاف له ، فإنه بنفس الوقوع فيه صار في حكم التالف .

والثاني : المنع ؛ لحصول الإهلاك بغير ما قصد به الإهلاك فانتهض شبهة في نفي القصاص ، لكن تجب الدية مغلظة ، ثم لا فرق بين أن يكون التقام الحوت له قبل وصوله إلى الماء أو بعده .

وقيل : إن التقمه قبل وصوله.. فلا قصاص قطعاً .

وقيل : إن كان بنيل مصر.. وجب ؛ لأنه تكثر فيه التماسيح فلا يسلم منها أحد ، وإن كان بغيره.. فلا .

فلو رفع الحوت رأسه فألقمه فاه.. وجب القصاص قطعاً .

قال : (**أو غير مغرق.. فلا**) أي : لا قصاص قطعاً ؛ لأنه لم يقصد إهلاكه بالحوت الذي التقمه في الماء الغير المغرق ، فأشبه ما إذا دفعه دفعاً خفيفاً علىٰ سكين لم يعلم بها الدافع ؛ فإنه لا قصاص ، وفي الصورتين دية شبه العمد مغلظة على العاقلة .

وقيل : لا دية كما لا قصاص ، ومحل القطع بعدم القصاص : إذا لم يشعر الملقي بأن هناك حوتاً ، فإن علم به.. وجب القود كما صرح به في « الوسيط » .

وأطلق المصنف (المغرِق) ولا بد من تقييده بما لا يمكنه الخلاص منه ، كما قاله ابن الرفعة وغيره[1] .

---

(١) في هامش (د) : (وأجيب بأنه إذا أمكنه خلاص لا يكون مغرِقاً بالنسبة إليه) .

وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ قَتْلٍ . . فَعَلَيْهِ ٱلْقِصَاصُ ، وَكَذَا عَلَى ٱلْمُكْرَهِ عَلَى ٱلأَظْهَرِ ، فَإِنْ وَجَبَتِ ٱلدِّيَةُ . . وُزِّعَتْ ، فَإِنْ كَافَأَهُ أَحَدُهُمَا فَقَطْ . . فَٱلْقِصَاصُ عَلَيْهِ . . . .

قال : (**ولو أكرهه علىٰ قتل**) أي : أكره شخصاً علىٰ قتل ثالث إكراهاً بغير حق وقتله .

قال : (. . **فعليه القصاص**) ؛ لأنه أهلكه بما يقصد به الهلاك غالباً ، فأشبه ما إذا رماه بسهم فقتله ، هـٰذا هو الصحيح .

وقيل : لا قصاص عليه ؛ لأنه متسبب والمكره مباشر والمباشرة مقدمة ، أما إثم القتل . . فعليهما قطعاً ، ولا يخفف الإكراه الإثم عن المكره .

قال : (**وكذا على المكرَه**) أي : بفتح الراء (**على الأظهر**) ؛ لأنه قتله عمداً عدواناً لاستبقاء نفسه ، فأشبه ما لو قتله المضطر ليأكله ، بل أولىٰ ؛ لأن المضطر علىٰ يقين من التلف إن لم يأكل ، بخلاف المكره ، وبهـٰذا قال مالك .

والثاني : لا قصاص ؛ لحديث : « رفع عن أمتي : الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة .

ولا فرق في جريان القولين بين أن يصدر الإكراه من الإمام أو نائبه أو إمام البغاة أو المتغلب باللصوصية أو غيرهم **على الأصح** .

ولم يبين المصنف ما يحصل به الإكراه اكتفاء بما ذكره في (الطلاق) ، لـٰكن نقل الرافعي هنا عن المعتبرين : أن الإكراه هنا لا يحصل إلا بالتخويف بالقتل أو بما يخاف منه التلف كالقطع والجرح والضرب الشديد ، بخلاف الطلاق ؛ فإن الإكراه فيه لا ينحصر في ذلك على الأظهر ، ولا بد أن يكون المكره لا يقدر علىٰ دفع المكره عن نفسه بقتل أو غيره .

قال : (**فإن وجبت الدية . . وزعت**) وكانا كالشريكين في القتل ، فللولي أن يقتص منهما ، وله أن يقتص من أحدهما ويأخذ نصف الدية من الآخر ، والأصح في زوائد « الروضة » : أنه في ماله .

قال : (**فإن كافأه أحدهما فقط . . فالقصاص عليه**) ؛ لأن شريك غير المكافىء يلزمه القصاص كشريك الأب ، فإذا أكره حر عبداً علىٰ قتل عبد أو مسلم ذمياً على قتل

وَلَوْ أَكْرَهَ بَالِغٌ مُرَاهِقاً . . فَعَلَى ٱلْبَالِغِ ٱلْقِصَاصُ إِنْ قُلْنَا : عَمْدُ ٱلصَّبِيِّ عَمْدٌ ، وَهُوَ ٱلأَظْهَرُ . . . .

ذمي . . فالقصاص واجب على المأمور دون الآمر ، وإن أكره عبد حراً علىٰ قتل عبد أو ذمي مسلماً علىٰ قتل ذمي . . فالقصاص على الحامل دون المحمول .

ولو أكره الأب أجنبياً علىٰ قتل ولده أو الأجنبي الأب . . فالقصاص على الأجنبي دون الأب .

قال : (**ولو أكره بالغ مراهقاً . . فعلى البالغ القصاص إن قلنا : عمد الصبي عمد ، وهو الأظهر**) ؛ لأنه كالمكلفين العامدين .

والمراد : أنه يعطىٰ حكم العمد ، واندفع عن المراهق ؛ لعدم تكليفه .

فإن قلنا : عمده كخطأ البالغ . . فلا ، كما لو اشترك المخطىء والعامد في القتل .

وما أطلقه المصنف من أن : (عمد الصبي عمد) قيده في « الروضة » بمن له نوع تمييز ، أما من لا يميز . . فعمده خطأ ، وكأن المصنف أشار إلىٰ ذلك بالتمثيل بالمراهق .

والثاني : أنه خطأ ؛ لقول علي رضي الله عنه : (عمد الصبي والمجنون خطأ)(١) ، ولرفع القلم عنهما .

والجواب : أن الأثر لم يصح .

وأما رفع القلم عنهما . . ففيما يتعلق بالبدن ، ولهـٰذا لا نوجب القصاص في قتلهما ، بل فيه دية مغلظة .

فإن قلنا : إن عمده خطأ . . فلا قصاص ؛ لأنه شريك مخطىءٍ .

وإذا لم يكن لهما تمييز . . فقال القاضي والإمام وغيرهما : لا عمد لهما قولاً واحداً .

وفي « الحاوي » طرد القولين فيهما .

ولو أمر من لا يميز بقتل . . وجب القود على الآمر ؛ لأنه كالآلة التي يستعملها ،

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٦١) .

وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ رَمْيِ شَاخِصٍ عَلِمَ ٱلْمُكْرِهُ أَنَّهُ رَجُلٌ وَظَنَّهُ ٱلْمُكْرَهُ صَيْداً . . فَٱلأَصَحُّ : وُجُوبُ ٱلْقِصَاصِ عَلَى ٱلْمُكْرِهِ . أَوْ عَلَىٰ رَمْيِ صَيْدٍ فَأَصَابَ رَجُلاً . . فَلاَ قِصَاصَ عَلَىٰ أَحَدٍ . أَوْ عَلَىٰ صُعُودِ شَجَرَةٍ فَزَلَقَ وَمَاتَ . . فَشِبْهُ عَمْدٍ ، وَقِيلَ : عَمْدٌ . . . .

وهٰذا بخلاف ما لو أمره بالسرقة فسرق ؛ فإنه لا يقطع الآمر ؛ لأن القطع فيها لا يجب إلا بالمباشرة .

قال : (**ولو أكرهه علىٰ رمي شاخص علم المكرِه أنه رجل وظنه المكرَه صيداً . . فالأصح : وجوب القصاص على المكرِه**) أي : بكسر الراء ، وهو الآمر ؛ لأنه قتله قاصداً لقتله بما يقتل غالباً والمكرَه جاهل بالحال .

والثاني : لا قصاص ؛ لأنه شريكُ مخطىءٍ ، فإن آل الأمر إلى الدية . . ففي « التهذيب » : أنها عليهما ؛ نصف في مال الحامل ، ونصف علىٰ عاقلة المحمول .

قال : (**أو علىٰ رمي صيد فأصاب رجلاً . . فلا قصاص علىٰ أحد**) ؛ لأنهما لم يتعمدا قتله ، وهٰذا لا خلاف فيه .

وأما الدية . . فجميعها علىٰ عاقلة المكرِه إن لم نوجب الضمان على المكرَه ، وإن أوجبناه . . فعلىٰ عاقلة كل منهما نصفها .

وقال المتولي : الحكم متعلق بالرامي ولا شيء على المكرِه ؛ لأنه لم يفعل ما دعاه إليه ، وهٰذا أوجه .

قال : (**أو علىٰ صعود شجرة فزلق ومات . . فشبه عمد**) ؛ لأنه لم يقصد به القتل غالباً .

قال : (**وقيل : عمد**) ؛ لأنه تسبب في قتله ، وهٰذا قول الغزالي .

وقال قاضي القضاة عماد الدين ابن السكري في « حواشي الوسيط » : التحقيق : حمل الأول علىٰ ما إذا كانت الشجرة مما يزلق[1] علىٰ مثلها غالباً ، والثاني علىٰ ما إذا

---

(١) في هامش (م) : (الصواب : أن ينقل لفظة « يزلق » من الحال الأول إلى الحال الثاني وينقل لفظة « يسلم منه » في الحال الثاني إلى الحال الأول ؛ ليستقيم المعنىٰ ، والله أعلم . كتبه =

كان يسلم منه غالباً ، فمحل الخلاف علىٰ حالين ، وكذا قاله المصنف في « نكت التنبيه » .

ولا شك أن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأشجار .

ونظير المسألة : ما إذا أكرهه علىٰ نزول بئر فزلق .

قال : (**أو علىٰ قتل نفسه**) بأن قال : اقتل نفسك ، وإلا . . قتلتك (. . **فلا قصاص في الأظهر**) ؛ لأن ذلك ليس بإكراه حقيقة ؛ إذ المكره من يتخلص بما يؤمر به عما هو أشد عليه .

والثاني : يجب القصاص ، كما لو أكرهه علىٰ قتل غيره .

وقيل : لا قصاص قطعاً ، حكاه ابن القطان .

ويستثنىٰ من كلام المصنف : ما لو أكرهه بشيء فيه تعذيب شديد لو لم يقتل نفسه . . ففي « الشرح الصغير » و« الروضة » يشبه أن يكون إكراهاً ؛ لتخلصه من الأشد بالشديد ، فيجب القصاص كغيره .

وخرج بالتقييد بـ(النفس) صورتان :

إحداهما : الطرف ، فلو قال : لتقطعن يدك أو إصبعك ، وإلا قتلتك . . فهو إكراه ؛ لأن قطعها ترجىٰ معه الحياة .

والثانية : إكراهه علىٰ قتل الغير بقتل ولده .

والأصح في « الروضة » في (كتاب الطلاق) : أنه ليس بإكراه .

وقال الروياني : الصحيح عندي : أنه إكراه ؛ لأن ولده كنفسه .

وإذا قلنا : يجب القصاص فعفىٰ عنه علىٰ مال . . قال الرافعي والمصنف : وجب جميع الدية ، وإن لم نوجبه . . فعليه نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكرَه ، وجميعها إن لم نوجبه .

قال في « المطلب » : والصواب العكس ، وبينه في « المهمات » .

= يوسف بن يعقوب الكردي) .

وَلَوْ قَالَ : ٱقْتُلْنِي وَإِلاَّ قَتَلْتُكَ فَقَتَلَهُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : لاَ قِصَاصَ ، وَٱلأَظْهَرُ : لاَ دِيَةَ . وَلَوْ قَالَ : ٱقْتُلْ زَيْداً أَوْ عَمْراً . . فَلَيْسَ بِإِكْرَاهٍ . . . .

قال : (ولو قال : اقتلني وإلا قتلتك فقتله . . فالمذهب : لا قصاص) ؛ لأن الإذن شبهة دارئة للحد .

والطريقة الثانية ذات قولين : ثانيهما : يجب ؛ لأن القتل لا يباح بالإذن ، كما لو أذن في الزنا بأمته .

قال : (والأظهر : لا دية) ؛ لأنه إذن في القتل وإكراه ، ولو تجرد الإذن . . فلا دية في أصح القولين ؛ بناء علىٰ وجوبها للمقتول في آخر جزء من حياته ، ثم تنتقل إلى الوارث كما سيأتي في آخر (باب كيفية القصاص) .

فلو كان الآذن عبداً . . فالضمان غير ساقط ، وفي القصاص إذا كان المأذون له عبداً وجهان .

ولو قال : اقطع يدي وإلا قتلتك فقطعها . . فلا قصاص ولا دية قطعاً ؛ لأنه إتلاف مأذون فيه فصار كما لو أتلف ماله بإذنه ، ولا يخفىٰ أن محل القطع بعدم القطع إذا لم يمت ، فإن مات من القطع . . ففيه الخلاف ، والأصح فيه : عدم الوجوب[1] .

فرع :

قال : اقذفني وإلا قتلتك فقذفه . . قال الرافعي نقلاً عن البغوي : يجب الحد ، بخلاف القصاص ؛ لأنه قد يستعين بغيره في قتل نفسه أو قطعه ولا يستعان بالغير في القذف ، والعجب أن الرافعي صحح في بابي (اللعان) و(القذف) عدم الوجوب ، والصواب في زوائد « الروضة » وغيرها : أنه لا حد مع الإكراه ؛ لأنه مباح بلا خلاف .

قال : (ولو قال : اقتل زيداً أو عمراً) أي : وإلا قتلتك (. . فليس بإكراه) ، فمن أقدم علىٰ قتله منهما . . كان مختاراً لقتله ؛ لأن المكرَه هو المحمول علىٰ فعل

---

(١) في هامش (ص) : (فإن قيل : ينبغي أن يبعد إسقاطه في تلف الدية فقط ، أي : حيث لا مال له غيرها . . قلنا : ليس هنا إسقاط ثابت وإنما أباح ما يضمن بالمال لولا الإباحة) .

فَصْلٌ :

وُجِدَ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعاً فِعْلاَنِ مُزْهِقَانِ مُذَفِّفَانِ كَحَزٍّ وَقَدٍّ ، أَوْ لاَ . . . .

ما لا يجد عنه مخلصاً ، هٰكذا ذكره الأصحاب ، وخالفهم القاضي حسين ؛ لأنه لا يتخلص إلا بذلك فهو ملجأ إليه ، وتابعه الشيخ عز الدين فذكر : أن الإكراه علىٰ شرب أحد قدحي الخمر يتخير المكره فيهما ، وأن ذلك لا يُسقط أثر الإكراه ، وقد سبق نظير هٰذا فيما إذا قال : طلق إحدىٰ زوجتيك .

تتمة :

لا يبيح الإكراه القتل المحرم لذاته ، بخلاف القتل المحرم لفوات المالية كقتل نساء الحربيين وذراريهم ؛ فإنه يباح بالإكراه ، وكذا لا يبيح الزنا ولا اللواط ، ويجوز لكل منهما دفع المكره بما أمكنه ، ويباح به شرب الخمر والإفطار في رمضان والخروج من صلاة الفرض ، ويباح به الإتيان بما هو كفر قولاً أو فعلاً مع طمأنينة القلب بالإيمان ، وعلىٰ هٰذا فأوجه :

أصحها : الأفضل أن يثبت ولا ينطق بها .

والثاني : الأفضل مقابله ؛ صيانة لنفسه .

والثالث : إن كان من العلماء المقتدىٰ بهم . . فالأفضل الثبوت .

والرابع : إن كان يتوقع منه إنكاء العدو أو القيام بأحكام الشرع . . فالأفضل أن ينطق بها لمصلحة بقائه ، وإلا . . فالأفضل الثبات .

ويباح به إتلاف مال الغير ، وقال في « الوسيط » : بل يجب ، وتبعه « الحاوي الصغير » فجزم بالوجوب .

والمكره علىٰ شهادة الزور . . قال الشيخ عز الدين : ينبغي أن ينظر فيما تقتضيه ، فإن اقتضت قتلاً . . ألحقت به ، أو مالاً . . ألحقت به .

قال : (**فصل :**

وجد من شخصين معاً فعلان مزهقان مُذَفِّفان كحَزٍّ وقَدٍّ ، أو لا) أي : أو غير

كَقَطْعِ عُضْوَيْنِ . . فَقَاتِلَانِ . وَإِنْ أَنْهَاهُ رَجُلٌ إِلَىٰ حَرَكَةِ مَذْبُوحٍ ؛ بِأَنْ لَمْ يَبْقَ إِبْصَارٌ وَنُطْقٌ وَحَرَكَةُ ٱخْتِيَارٍ ، ثُمَّ جَنَىٰ آخَرُ . . فَٱلْأَوَّلُ قَاتِلٌ ، . . . .

مذففين (**كقطع عضوين**[1] . . **فقاتلان**) يجب عليهما القصاص ؛ لأن القتل لا تمكن إضافته إلىٰ واحد معين ولا إسقاطه فأضيف إليهما .

قال في « المطلب » : واتفق الأصحاب علىٰ أنه لو جرح واحد جراحة وآخر مئة جراحة ومات بالسراية منهما . . فهما قاتلان ، فرُبَّ جراحةٍ لها غورٌ ونكايةٌ لم تحصل من جراحات .

فائدة :

لفظة (معاً) منصوبة على الحال ، واستعملها المصنف للاتحاد في الزمان ، وهو منقول عن ثعلب وغيره ، وفرقوا بذلك بينها وبين (جميعاً) .

واختار ابن مالك : أنها لا تدل على الاتحاد في الوقت ، وهو ظاهر نص الشافعي فيما لو قال لامرأتيه : إن ولدتما معاً فأنتما طالقتان : أنه لا يشترط الاقتران في الزمان ، وستأتي المسألة مبيَّنة في (كتاب التدبير) .

و(مُذفِّفان) بذال معجمة ، ويجوز إهمالها ، حكاه الجوهري ، ومعناه : مسرعان للقتل .

قال : (**وإن أنهاه رجل إلىٰ حركة مذبوح ؛ بأن لم يَبق إبصار ونطق وحركة اختيار ، ثم جنىٰ آخر . . فالأول قاتل**) ؛ لأنه أنهاه إلىٰ حالة الموت ، وتسمىٰ هـٰذه الحالة حالة اليأس ، لا يصح فيها إسلام ولا شيء من التصرفات ، وينتقل الملك فيها للورثة .

ولو مات قريب لمن انتهىٰ إليها . . لم يرثه ، ولا تصح الردة فيها على الصحيح ، وعلىٰ هـٰذا حمل تنازع معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء رضي الله عنهما في قتل أبي جهل ، فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم : « هل مسحتما سيفيكما ؟ » قالا : لا ، فنظر فقال : « كلاكما قتله » وقضىٰ بسلبه لمعاذ بن عمرو .

---

(١) في هامش (ص) : (أي : ومات منهما) .

وَيُعَزَّرُ ٱلثَّانِي . وَإِنْ جَنَى ٱلثَّانِي قَبْلَ ٱلإِنْهَاءِ إِلَيْهَا : فَإِنْ ذَفَّفَ كَحَزٍّ بَعْدَ جُرْحٍ . . فَٱلثَّانِي قَاتِلٌ ، وَعَلَى ٱلأَوَّلِ قِصَاصُ ٱلْعُضْوِ أَوْ مَالٌ بِحَسَبِ ٱلْحَالِ ، وَإِلاَّ . . فَقَاتِلاَنِ . . . .

قال الأصحاب : لأنه كان أثخنه والآخر جرحه بعد ، فقضىٰ بسلبه للأول ، فدل علىٰ أنه القاتل .

وقوله : (كلاكما قتله) تطييب لقلب الآخر .

وقول المصنف : (بأن لم يبق) تفسير لحركة المذبوح .

واحترز بـ(الاختيارية) عما إذا قطع الإنسان نصفين وبقيت أحشاؤه في النصف الأعلىٰ ؛ فإنه ربما تكلم بكلمات لا تنتظم ، وإن انتظمت . . فليست عن روية واختيار ، بل ذلك يجري مجرى الهذيان الذي لا يصدر عن عقل صحيح ولا قلب ثابت .

وحكى ابن أبي هريرة : أن رجلاً قطع نصفين فتكلم واستسقىٰ ماء فسقي .

وإن شك في وصوله إلىٰ حركة المذبوح . . رجع إلىٰ أهل الخبرة .

قال : (**ويعزر الثاني**) كما لو قطع عضواً من ميت .

قال : (**وإن جنى الثاني قبل الإنهاء إليها**) أي : إلىٰ حركة المذبوح (**فإن ذَفَّف كحَزٍّ بعد جرح . . فالثاني قاتل**) ؛ لأن الجراحة إنما تقتل بالسريان وحزُّ الرقبة يمنع من السريان فأبطل أثره ، ولا فرق بين أن يتوقع البرء من الجراحة السابقة أو يتيقن الهلاك بما بعدها .

قال : (**وعلى الأول قصاص العضو أو مال بحسب الحال**) أي : من عمد أو خطأ ؛ لأن حياته كانت مستقرة وتصرفاته حينئذ كانت نافذة ، ولأن عمر رضي الله عنه أوصىٰ في هـٰذه الحالة ، فعمل بعهده .

وعن مالك : إذا تيقن هلاكه بالجراحة السابقة . . فالقاتل الأول دون الثاني .

قال : (**وإلا . . فقاتلان**) أي : إذا لم تكن الجراحة الثانية مذفِّفة ؛ بأن أجافاه مرتباً ، أو قطع الأول يده من الكوع ثم قطع الثاني الساعد من المرفق . . فهما قاتلان ؛

وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضاً فِي ٱلنَّزْعِ وَعَيْشُهُ عَيْشُ مَذْبُوحٍ . . وَجَبَ ٱلْقِصَاصُ .

فَصْلٌ :

قَتَلَ مُسْلِماً ظَنَّ كُفْرَهُ بِدَارِ ٱلْحَرْبِ . . . .

لأن القطع الأول قد انتشرت سرايته وألمه وتأثرت به الأعضاء الرئيسة وانضم إليها الألم الثاني ، فأشبه ما إذا أجاف أحدهما جائفة ثم وسعها الآخر ومات . . فالقصاص واجب عليهما .

كل هٰذا إذا لم يصب الحشوة خرق أو قطع وتيقن موته بعد يوم أو يومين . . فهٰذا يجب القصاص بقتله ، وكان عمر رضي الله عنه كذلك علىٰ ما روي : أن الطبيب سقاه لبناً فخرج من جوفه ، فقال له : اعهد يا أمير المؤمنين .

قال : (**ولو قتل مريضاً في النزع وعيشُه عيشُ مذبوح . . وجب القصاص**) ؛ لأن موته غير محقق ، فإن انتهى إلى النزع وبدت أمارات الموت . . فإن الشفاء قد يقع بعد ذلك ، بخلاف المقدود والمذبوح .

وعن « تعليق القاضي » : أنه لا يكون قاتلاً ، كما لا يحل الحيوان المنتهي بالمرض إلىٰ هٰذه الحالة بالذكاة .

تتمة :

ما ذكره الرافعي والمصنف هٰهنا وفي (باب العاقلة) من : أن المريض لا يقطع بموته . . سبق لهما في (باب الوصية) في الكلام على المرض المخوف ، وفي (الفرائض) في الكلام علىٰ ميراث الحمل ما يخالفه ، وذكرا في (الأضاحي) ما يقرب من ذلك ، كما قرره في « المهمات »[١] .

قال : (**فصل** :

قتل مسلماً ظن كفره بدار الحرب) ؛ بأن رآه يعظم آلهتهم أو علىٰ زيهم[٢] .

---

(١) في (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

(٢) في هامش (ص) : (وقول الكتاب : « ظنه كافراً » ليس بقيد ؛ فإن قتله هناك ولم يعلم=

فَلاَ قِصَاصَ ، وَكَذَا لاَ دِيَةَ فِي ٱلأَظْهَرِ . أَوْ بِدَارِ ٱلإِسْلاَمِ . . وَجَبَا ، وَفِي ٱلْقِصَاصِ قَوْلٌ . . . .

قال : (. . **فلا قصاص**) ؛ لوضوح العذر ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، واستدل له الشافعي بقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾ ؛ فإن معناه : في قوم ، ولأنه أسقط حرمة نفسه بمُقامه في دار الحرب التي هي دار إباحة .

قال : (**وكذا لا دية في الأظهر**) ؛ للجهل بباطن أمره ، أما الكفارة . . فتجب قطعاً .

والقول الثاني : تجب الدية ؛ لأنها تثبت مع الشبهة .

واحترز عما إذا لم يظنه ، فإن عرف مكانه . . فكما لو قتله في دار الإسلام ، وإن لم يعرف مكانه ورمىٰ سهماً إلى الكفار في دارهم ، فإن لم يعين شخصاً بل أصابه خطأ . . فلا ضمان ، وإن عين شخصاً وأصابه . . فلا قود ، وفي الدية قولان .

قال : (**أو بدار الإسلام . . وجبا**) ، أما الدية . . فبلا خلاف ، وأما القصاص . . فعلى الأظهر ؛ لأن ظاهر حال من بدار الإسلام العصمة ، ولا خلاف في وجوب الكفارة في هـٰذه الحالة ، وتصريحه بجمع القصاص مع الدية عجيب ؛ لأنهما لا يجتمعان لا وجوباً ولا استيفاء كما قاله في « الروضة » في أول الباب ، والموقع له في ذلك « المحرر » ؛ فإنه قال : وجبت الدية ، وكذا القصاص في أصح القولين ، ومراده : وجوبهما على البدل لا الاجتماع .

قال : (**وفي القصاص قول**) : إنه لا يجب ؛ لأنه أبطل حرمته بخروجه علىٰ هيئة الكفار ، وقد نص الشافعي علىٰ : أن التزيي بزيهم في دار الإسلام ردة ، لـٰكن سيأتي في (كتاب الردة) : أن ذلك ليس بردة على الصحيح عند المصنف ، وهل الدية عليه أو علىٰ عاقلته؟ فيه قولان في « الأم » في (قتال البغاة) .

= إسلامه ولا كفره . . فلا قصاص ، وفي الدية قولان ، ذكرهما الرافعي في « كفارة القتل » .

هـٰذا إن قصده بسهمه ، فأما لو رمىٰ سهماً إلىٰ صف الكفار في دارهم ولم يعين شخصاً أو عيَّن كافراً فأخطأ وأصاب مسلماً هناك . . فلا قصاص ولا دية) .

أَوْ مَنْ عَهِدَهُ ذِمِّيّاً أَوْ مُرْتَدّاً أَوْ عَبْداً أَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَبَانَ خِلاَفُهُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : وُجُوبُ ٱلْقِصَاصِ . . . .

قال : (أو من عهده ذمياً أو مرتداً أو عبداً أو ظنه قاتل أبيه فبان خلافه . . فالمذهب : وجوب القصاص)[1] ، نص الشافعي في المرتد على الوجوب ، وفي الذمي والعبد على المنع ، فقيل : قولان فيهما :

وجه الوجوب : أنه غير معذور في هٰذا الظن ؛ إذ ليس للآحاد القتل .

ووجه السقوط : الظن المبني على الاستصحاب ، وقيل بتقريرهما .

والفرق : أن المرتد يحبس في دار الإسلام ولا يخلىٰ ، فقاتله وهو مخلىً مقصر ، بخلاف العبد والذمي ؛ فإنهما يتركان في دار الإسلام .

وقيل : يجب القصاص في الجميع قطعاً ؛ لأن ظنه لا يبيح القتل .

والمذهب : وجوب القصاص في الجميع ، كما لو علم تحريم القتل وجهل وجوب القصاص .

وفيما إذا ظنه قاتل أبيه فقتله فبان غيره قولان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه ظن إباحة القتل .

وأظهرهما : الوجوب ؛ لأنه كان من حقه التثبت فلو قال : تبينت أن أبي كان حياً حين قتلته . . وجب القصاص قطعاً ؛ إذ لا عبرة بالظن البين خطؤه .

واحترز بقوله : عهده[2] عما إذا لم يعهد ردته بل ظنها ؛ فإن القصاص واجب لا محالة ، وحيث قلنا : لا قصاص ، فقال الولي : عرفت إسلامه أو حريته ، وقال القاتل : ظننته كافراً أو رقيقاً . . فالقول قوله ؛ لأنه أعرف بحاله .

---

(١) في هامش (ص) : (قول الكتاب : « أو من عهده ذمياً أو مرتداً أو عبداً أو ظنه قاتل أبيه » يشير به إلى : أنه لا فرق بين الظن والعلم كذلك في جميع الصور ، أو بظنه كذلك من غير أن يعهده وهو ما بحثه الرافعي ولا شك بسقوط القصاص عنه إذا عهد ، وأظهر منه فيما إذا ظنه فقط ؛ لأنه ظن من غير مستند) .

(٢) في النسخ : (ظنه) والتصويب من هامش (م) .

وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضاً جَهِلَ مَرَضَهُ ضَرْباً يَقْتُلُ ٱلْمَرِيضَ . . وَجَبَ ٱلْقِصَاصُ ، وَقِيلَ : لاَ . وَيُشْتَرَطُ لِوُجُوبِ ٱلْقِصَاصِ فِي ٱلْقَتِيلِ : إِسْلاَمٌ أَوْ أَمَانٌ ؛ فَيُهْدَرُ ٱلْحَرْبِيُّ . .

ولو عهده حربياً فقتله ظاناً : أنه لم يسلم وكان مسلماً . . فقيل : كالمرتد ، وقيل : لا قصاص قطعاً .

قال : (**ولو ضرب مريضاً جهل مرضه ضرباً يقتل المريض**) أي : فمات منه (. . **وجب القصاص**) ؛ لوجود القتل بصفة التعدي ، وظنُّ الصحة لا يبيح الضرب ، كما إذا وطىء امرأة ظنها جارية مشتركة بينه وبين غيره . . فالأصح : وجوب الحد ، وكما إذا سرق ثوباً لا يساوي نصاباً وفي جيبه تمام نصاب . . فإنه يقطع كما سيأتي .

قال : (**وقيل : لا**) ؛ لأنه ليس بمهلك عنده فلم يتحقق قصد الإهلاك .

والذي أطلقه المصنف تبعاً لـ « المحرر » مقيد بما إذا ضربه غير تأديب ، فإن ضربه تأديباً ضرباً لا يقتل المريض وهو جاهل بمرضه . . فإنه لا يجب عليه القود ؛ إذ لا عدوان كما صرح به في « الوسيط »(١) .

واحترز بقوله : (**جهل**) عما إذا علم ؛ فيجب القصاص قطعاً ، وبقوله : (يقتل المريض) عما يقتل الصحيح ؛ فيجب أيضاً قطعاً .

قال : (**ويشترط لوجوب القصاص في القتيل : إسلامٌ**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا : لا إله إلا الله ، فإذا قالوها . . عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » رواه مسلم [٢١] .

قال : (**أو أمانٌ**) أي : بعقد ذمة أو عهد ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ إلىٰ قوله : ﴿ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ ﴾ .

ولقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنۡ أَحَدٞ مِّنَ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ٱسۡتَجَارَكَ فَأَجِرۡهُ ﴾ الآية .

قال (**فيهدر الحربي**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ ﴾ .

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « الوسيط » : سبق فيما إذا حبس جائعاً ظن جوعه . . لا قصاص في الأظهر ، والفرق : أن المرض لا يخفىٰ في الظاهر ، بخلاف الجوع ، وفرق الرافعي بأن الضرب ليس من جنس المرض فيمكن إحالة الهلاك عليه ، حتىٰ لو ضعف من الجوع فضربه ضرباً يقتل مثله . . وجب القود) .

وَٱلْمُرْتَدُّ ، وَمَنْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ كَغَيْرِهِ ، وَٱلزَّانِي ٱلْمُحْصَنُ إِنْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ . . قُتِلَ ، أَوْ مُسْلِمٌ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**والمرتد**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه »[1] .

وأورد في « المطلب » علىٰ حصر أسباب العصمة في الإسلام والأمانِ ضربَ الرق على الكتابي بلا خلاف ، وكذا علىٰ وثني[2] ونحوه على المذهب ، وكذا الترهب في قول ؛ فالعصمة حاصلة بالجميع .

قال : (**ومن عليه قصاص كغيره**) ، فإذا قتله غير المستحق . . اقتص منه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ ، فخص وليه بقتله ، فدل علىٰ : أن غير وليه لا سلطان له عليه ، وكذا من عليه قطع في غير القصاص كالسارق ؛ فإن يده معصومة علىٰ غير المستحق ، كذا هو في « الحاوي الكبير » و« الصغير » .

والذي في « الشرح » و« الروضة » : أنها ليست بمعصومة بالنسبة إليه أيضاً ؛ لأنها مستحقة الإزالة .

كل هـٰذا فيمن لم يتحتم قتله ، فأما من تحتم قتله بقطع الطريق ، فإذا قتله غير المستحق . . لا قصاص عليه في الأصح ، فكان ينبغي للمصنف التحرز عنه .

ومحل ما ذكره أيضاً : إذا لم يكن للقاتل فيه جزء ، فإن كان كما لو قتله أحد الابنين . . فلا قصاص على الأصح[3] ؛ لأنه مستوف لبعض حقه .

قال : (**والزاني المحصن إن قتله ذمي . . قتل**) به ؛ لأنه لا سبيل له عليه ، ويقتل به المعاهد والمستأمن على الصواب في « تصحيح التنبيه » .

ونقل ابن الرفعة عن الزبيلي وجهاً : أنه لا يجب القصاص على الذمي ونحوه بقتله ؛ لأنه مباح الدم ، كما لو قتله مسلم .

قال : (**أو مسلم . . فلا في الأصح**) ؛ لأنه مباح الدم ، فأشبه المرتد ، هـٰذا هو المنصوص .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠١٧) ، وابن حبان (٤٤٧٥) ، والترمذي (١٤٥٨) ، وابن ماجه (٢٥٣٥) ، وغيرهم) .

(٢) في هامش (د) : (قد ذكر المصنف في « البيع » ما يدل علىٰ عدم ملك الوثني ونحوه) .

(٣) في (ت) : (على الأظهر) .

. . . .

والثاني : يجب القصاص ؛ لأن إباحة دمه إنما تثبت في حق الإمام ، فإذا قتله آحاد الناس . . لم يجز لهم قتله ، فأشبه غير ولي الدم إذا قتل القاتل .

وموضع الخلاف : إذا قتله قبل أمر الإمام بقتله ، فإن قتله بعد الأمر بقتله . . فلا قصاص قطعاً ، كذا نقله في زوائد « الروضة » عن القاضي أبي الطيب في « تعليقه » .

ثم الذي أطلقه المصنف من إهدار الزاني المحصن مقتضاه : أنه لا فرق بين أن يثبت بالبينة أو الإقرار .

وقيده الشيخ في « التنبيه » والماوردي بما إذا وجب رجمه بالبينة ، فإن وجب بالإقرار . . اقتص من قاتله ؛ لأنه غير متحتم ؛ لاحتمال رجوعه ، وصححه المصنف في « تصحيح التنبيه » ، والصواب : العموم[1] ؛ فقد نص في « الأم » علىٰ : أنه لا فرق كما نقله في « المطلب » ، قال : وبه صرح البندنيجي .

فرع :

نص الشافعي علىٰ أن من قتل محصناً ثم قال : وجدته يزني بامرأتي أو جاريتي أو يلوط بابني . . ففيما بينه وبين الله تعالىٰ : لا قصاص عليه ولا دية ، وفي الظاهر : لا يصدق إن أنكر ولي القتيل ذلك ، فإن أقام القاتل أربعة علىٰ زناه . . سقط عنه القود .

واستدل البيهقي [٨/ ٢٣٠] لهٰذا بما رواه عن سعيد بن المسيب : (أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فقتله أو قتلها فأشكل القضاء فيها علىٰ معاوية ، فأرسل إلىٰ أبي موسىٰ أن يسأل عنها علياً ، فسأله ، فقال علي : عزمت عليك لتخبرني من سألك عن هٰذه ، فقال : معاوية كَتب بها إلي ، فقال علي : أنا أبو الحسن ، إن لم يأت بأربعة شهداء . . فليعط برمته) .

---

(١) في هامش (ز) : (قوله : « والصواب : العموم » هو المعتمد ، خلافاً لما في « تصحيح التنبيه » ؛ فإنه ضعيف) .

وَفِي ٱلْقَاتِلِ : بُلُوغٌ وَعَقْلٌ ، وَٱلْمَذْهَبُ : وُجُوبُهُ عَلَى ٱلسَّكْرَانِ . وَلَوْ قَالَ : كُنْتُ يَوْمَ ٱلْقَتْلِ صَبِيّاً أَوْ مَجْنُوناً . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ أَمْكَنَ ٱلصِّبَا وَعُهِدَ ٱلْجُنُونُ . وَلَوْ قَالَ : أَنَا صَبِيٌّ . . فَلاَ قِصَاصَ وَلاَ يُحَلَّفُ . وَلاَ قِصَاصَ عَلَىٰ حَرْبِيٍّ ، . . . . . .

قال : (**وفي القاتل : بلوغ وعقل**) ، فلا قصاص علىٰ صبي ومجنون ؛ لرفع القلم عنهما .

هـٰذا في الجنون المطبق ، أما المتقطع . . فهو كالعاقل في وقت إفاقته وكالمطبق في وقت جنونه ، ومن وجب عليه القصاص ثم جن . . استوفي منه .

وعن أبي حنيفة : لا يقتص منه في حال الجنون .

قال : (**والمذهب : وجوبه على السكران**) ؛ لتعديه ، وفي المسألة طرق تقررت في (الطلاق) ، وألحق به المتعدي بتناول الأدوية المزيلة للعقل .

ومحل الخلاف : في غير المعذور بسكره ، فمن أكره علىٰ شرب الخمر أو جهل كونها خمراً . . فهو كالمعتوه[1] .

قال : (**ولو قال : كنت يوم القتل صبياً أو مجنوناً . . صدق بيمينه إن أمكن الصبا وعهد الجنون**) ؛ لأن دعواه موافقة للأصل ، ولا يخفىٰ أن هـٰذا بشرط الإمكان .

وقيل : المصدق الولي ؛ لأن الأصل السلامة .

فلو أقام الوارث بينة علىٰ : أن القاتل كان عاقلاً يومئذ ، وأقام القاتل بينة علىٰ : أنه كان مجنوناً . . تعارضتا وسقطتا .

قال : (**ولو قال : أنا صبي . . فلا قصاص ولا يحلف**) ؛ لأنه لو ثبت صباه . . لبطلت يمينه ، وقيل : يحلف كغيره ، وقيل : يحلف إذا بلغ .

قال : (**ولا قصاص علىٰ حربي**) ؛ يعني : إذا قتل في حال حرابته ثم أسلم أو عقدت له الذمة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ **قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ** ﴾ .

وتواتر من النبي صلى الله عليه وسلم عدم الإقادة ممن أسلم كوحشي قاتل حمزة ،

---

(١) في هامش (ص) : (أي : إذا قتل شخصاً . . لا قصاص عليه) .

ولأنه لا يضمن مال المسلم بالغصب فلا تضمن نفسه بالقتل[1] .

وذهب الشيخ أبو إسحاق الإسفراييني إلىٰ : أنه يجب على الحربي ضمان المال والنفس ؛ تخريجاً علىٰ أن الكفار مخاطبون بالفروع .

وفي « فتاوى القاضي حسين » : أن العبادي حكىٰ عن المزني في « المنثور » التفصيل بين أن تعقد له الذمة فلا يسقط ، أو يسلم فيسقط ، وبه تجتمع ثلاثة أوجه .

قال : (**ويجب على المعصوم**) أي : بأمان أو ذمة ؛ لالتزامه الأحكام ، وعبارة « المحرر » : ويجب على الذمي ، فعدل عنها المصنف إلى (المعصوم) ؛ لعمومها ، فإنها تشمل الذمي ومن له هدنة وأمان ، قاله في « الدقائق » .

قال : (**والمرتد**) ؛ لالتزامه أحكام الإسلام ، وهـٰذه زيادة زادها على « المحرر » ؛ لأجل تعبيره بـ(المعصوم) حتىٰ لا يرد على المفهوم ؛ فإنه غير معصوم ومع ذلك يجب عليه القصاص .

هـٰذا إذا لم تكن له شوكة وقوة ، فإن ارتدت طائفة لهم قوة وأتلفوا مالاً أو نفساً في القتال ثم تابوا وأسلموا . . ففي ضمانهم القولان في البغاة .

وظاهر عبارة « الشرح الصغير » : ترجيح المنع ؛ فإنه اقتصر عليه خاصة ، وهو الذي نص عليه في « الأم » في (سير الواقدي) فقال : وإن كان ارتد عن الإسلام فأحدث بعد الردة حدثاً ثم جاء مؤمناً . . سقط عنه جميع ما أحدثه في الردة والامتناع ؛ فقد ارتد طليحة عن الإسلام وثنياً ، وقَتَلَ ثابتَ بن أقرم وعكاشة بن محصن ، ثم أسلم ، فلم يقد بواحد منهما ولم تؤخذ منه دية بواحد ، هـٰذا لفظه ، والقصة في ذلك ذكرها ابن عبد البر وغيره .

قال : (**ومكافأةٌ**) وهي : المساواة ، فيشترط لوجوب القصاص في القتيل : أن يساوي القاتل .

---

(١) في هامش (ص) : (وهل عدم الوجوب عليه مختص بالمسلم أم هو عام فيه وفي حق الحربي؟ كلام العراقي يقتضي الثاني ، وتعليله يقتضي الأول) .

فَلاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ ، وَيُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِهِ ، وَبِذِمِّيٍّ وَإِنِ ٱخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا ، . . . . . .

قال : (**فلا يقتل مسلم بذمي**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا يقتل مسلم بكافر » رواه البخاري [١١١] عن أبي جحيفة عن علي مرفوعاً .

قال ابن المنذر : وهو ثابت لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم خبر يعارضه ، ولأنه لا يقتل بالمستأمن بلا خلاف فكذلك لا يقتل بالذمي .

ووقع في « المطلب » و« الكفاية » عن « حلية الشاشي » حكاية قول عن « الإملاء » : أن المسلم يقتل بالمستأمن وتبعه الشيخ مجد الدين وغيره ، وكله وهم ، وسببه : أن ابن الرفعة قلد فيه صاحب « الذخائر »[1] ، وإنما هو في « الحلية » منسوب لـ« إملاء أبي يوسف » صاحب أبي حنيفة .

ولو عبر المصنف بالكافر . . كان أعم ؛ لشموله من لم تبلغه الدعوة ، فإن المسلم لا يقتل به على الأصح ، ولموافقته لفظ الحديث ، لـٰكن كأنه إنما ذكره لينبه علىٰ خلاف أبي حنيفة ، واقتضىٰ كلامه : أنه لا يقتل بالذمي ولو كان القاتل زانياً محصناً ، وهو كذلك بالاتفاق .

ولو قتل عبد مسلم عبداً مسلماً لكافر . . وجب القصاص في الأصح ؛ لتساوي العبدين .

ولو قتل عبد كافر عبداً كافراً لمسلم . . فعن القاضي حسين : فيه احتمالان ، رجح المصنف منهما : ثبوت القصاص .

قال في « المهمات » : والمسألة لا يتصور مجيء احتمالين فيها ، بل يجب القصاص جزماً ؛ فإن العبدين متكافئان ، وكون سيد المقتول مسلماً لا ينقصه عن القاتل إن لم يزده شرفاً .

قال : (**ويقتل ذمي به**) أي : بالمسلم (**وبذمي وإن اختلفت ملتهما**) ؛ لأن الكفر كله كالملة الواحدة ، فيقتل اليهودي بالنصراني وبالمجوسي وبالعكس ، ويقتل الذمي أيضاً بالمعاهد والمستأمن .

---

(١) في هامش (ز) : (القاضي مجلي) .

فَلَوْ أَسْلَمَ ٱلْقَاتِلُ . . لَمْ يَسْقُطِ ٱلْقِصَاصُ . وَلَوْ جَرَحَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيّاً فَأَسْلَمَ ٱلْجَارِحُ ثُمَّ مَاتَ ٱلْمَجْرُوحُ . . فَكَذَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

والضابط : أن الذمي يقتل بكل كافر معصوم الدم ، ويقتل المستأمن بمثله وبالذمي .

قال : (**فلو أسلم القاتل . . لم يسقط القصاص**) ؛ لأنهما كانا متكافئين حالة الجناية والاعتبار في العقوبات بها لا بما يطرأ ، وكذلك إذا زنى العبد أو قذف ثم عتق . . يقام عليه حد العبيد .

قال في « الأم » : وليس هـٰذا قتل مسلم بكافر ، بل قتل كافر بكافر ، إلا أن الموت تأخر عن حال القتل ، ومنهم من حمل عليه حديث : أنه عليه الصلاة والسلام قتل مسلماً بكافر وقال : « أنا أكرم من وفىٰ بذمته » رواه أبو داوود في « مراسيله » [٢٥٠] ، هـٰذا هو المشهور .

وحكى القاضي مجلي في « الذخائر » عن إليكا الهَرَاسي في « تعليقه » وجهاً : أنه لا يقتل به ؛ لإسلامه وقت القصاص جرياً علىٰ ظاهر الحديث ، وذكر : أن شيخه أبا المعالي إمام الحرمين كان يذهب إليه ويعول عليه[١] .

ووقع في « الكفاية » حكايته عنه فيما إذا كان المستحق ذمياً ، وليس كذلك .

وأفاد بقوله : (لم يسقط القصاص) : أن الكفارة لا تسقط ، وهو الأصح ؛ لأنها حق الله تعالىٰ ، فهي كالديون اللازمة .

قال : (**ولو جرح ذمي ذمياً فأسلم الجارح ثم مات المجروح . . فكذا في الأصح**) لا يسقط القصاص ؛ للتكافىء حالة الجرح .

والثاني : يسقط ؛ نظراً لحالة الزهوق .

وهـٰذا الخلاف في قصاص النفس ، أما إذا كانت الجراحة بحيث يجب فيها القصاص ، كما لو قطع ذمي يد ذمي وأسلم القاطع ثم سرى القطع . . فالقصاص واجب في الطرف لا محالة .

---

(١) في هامش (د) : (أي : الوجه جار سواء أسلم الوارث الذمي أو لم يسلم ؛ نظراً إلىٰ إسلام القاتل وقت استيفاء القصاص) .

وَفِي ٱلصُّورَتَيْنِ إِنَّمَا يَقْتَصُّ ٱلإِمَامُ بِطَلَبِ ٱلْوَارِثِ . وَٱلأَظْهَرُ : قَتْلُ مُرْتَدٍّ بِذِمِّيٍّ وَبِمُرْتَدٍّ ، ....

وعكس المسألة : لو جرح مسلم مسلماً ثم ارتد المجروح ومات .. لم يجب القصاص .

قال : (**وفي الصورتين**) أي : إذا أسلم القاتل بعد القتل أو بعد الجرح (**إنما يقتص الإمام بطلب الوارث**) فلا يفوضه إليه ؛ لأن الكافر لا يسلط علىٰ قتل المسلم ، اللهم إلا أن يكون أسلم فيفوضه إليه ؛ لزوال المانع .

هـٰذا إذا كان له وارث ، فإن لم يكن .. فللإمام أن يقتص .

وعلم من عبارته : أنه لا يقتص إذا لم يطلب الوارث ، وقد نص الشافعي علىٰ : أنه إذا لم يطلبه .. ليس للسلطان أن يقيده ، ولذلك عد ابن خيران في « اللطيف » من شروط القود مطالبة المستحق .

قال : (**والأظهر : قتل مرتد بذمي**) ، سواء عاد إلى الإسلام أم لا ؛ لاستوائهما في الكفر فكانا كالذميين ، ولأن المرتد أسوء حالاً من الذمي ؛ لأنه مهدر الدم ولا تحل ذبيحته ولا مناكحته ولا يقر بجزية .

وعلم من هـٰذا : أنه يقتل بالمعاهد والمستأمن .

والثاني : لا يقتل به ، وهو اختيار ابن سريج ؛ لبقاء علقة الإسلام ، بدليل قضاء الصوم والصلاة ، وحرمة الاسترقاق ، وعدم تمكين الذمي من نكاح المرتدة .

قال : (**وبمرتد**) أي : الأظهر قتل مرتد بمرتد ؛ لتساويهما ، كما لو قتل الذمي ذمياً .

والثاني : لا ؛ لأن المقتول مباح الدم ، والخلاف في هـٰذه : في « الشرح » و« الروضة » : وجهان ، وفي « المحرر » و« المنهاج » : قولان[1] .

---

(١) في هامش (ص) : (الحق : أنهما قولان منصوصان في « الأم » ، فالصواب : ما اقتضاه نظم الكتاب ، قال الرافعي : وأجري الخلاف فيما لو قتل الزاني المحصن مثله ، أو قتل المرتد زانياً محصناً ؛ ولا خلاف : أنه لا قصاص علىٰ زان محصن قتل ذمياً أو مرتداً وإن كان مقتولاً ؛ لاختصاصه بفضيلة الإسلام) .

لاَ ذِمِّيٌّ بِمُرْتَدٍّ . ولاَ يُقْتَلُ حُرٌّ بِمَنْ فِيهِ رِقٌّ ، . . . .

قال : (**لا ذمي بمرتد**) ؛ لأنه مهدر كالحربي .

والثاني : يقتل الذمي بقتله ؛ لأنه يقتله عناداً لا تديناً ، فأشبه ما لو قتل مسلماً .

فإن قلنا : يجب . . استوفاه الحاكم على المذهب .

وقيل : قريبه المسلم الذي كان يرثه لولا الردة ، فإذا عفا علىٰ مال أو كان خطأً . . فلا دية في الأصح ؛ لأنه لا قيمة لدمه ، وإنما أوجبنا القصاص ؛ لأن الذمي يقتله عناداً لا تديناً ـ فإنه يعتقده محقون الدم ، بخلاف المسلم ـ فقتلناه به زجراً أو سياسة .

وإذا أوجبنا الدية بقتل المرتد . . فهل هي دية مسلم لبقاء علقة الإسلام ، أو أقلُّ الديات وهي دية المجوسي؟ وجهان : أصحهما : الثاني .

قال : (**ولا يقتل حر بمن فيه رق**) وإن قل ، وسواء المكاتب والمدبر والمستولدة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾[1] .

وروى الدارقطني [٣٥/٨] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل حر بعبد » .

ولأن حرمة النفس أعظم من الأطراف ، وبالاتفاق لا يقطع طرف حر بطرف عبد ، فأولىٰ أن لا يقتل به ، وإنما اقتصر المصنف علىٰ حكم المبعض ؛ ليؤخذ حكم قاتل الرقيق من باب أولىٰ .

وقال النخعي وأبو حنيفة وداوود : يقتل السيد بعبده ؛ لما روىٰ أحمد [١٠/٥] وأصحاب السنن الأربعة[2] عن الحسن عن سمرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل عبده . . قتلناه ، ومن جدع أنفه . . جدعناه ، ومن خصاه . . خصيناه » .

والجواب : أنه منقطع .

وقال البيهقي في « خلافياته » : إنه منسوخ .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

(٢) أخرجه أبو داوود (٤٥٠٤) ، والترمذي (١٤١٤) ، والنسائي (٨/ ٢٠) ، وابن ماجه (٢٦٦٣) .

. . . .

وقال ابن المنذر : ليس بثابت وإن صح ، فهو محمول علىٰ ما إذا أعتقه ثم قتله ؛ لئلا يتوهم أن تقدم الملك يمنع من ذلك .

وروى الدارقطني [٣/١٤٣] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : (أن رجلاً قتل عبده متعمداً ، فجلده النبي صلى الله عليه وسلم ونفاه سنة ، ومحا سهمه من المسلمين ، ولم يقده به ، وأمره أن يعتق رقبة) .

وقال ابن كَج : لو حكم حاكم بقتل حر بعبد . . لم ينقض حكمه ، ولو حكم بقتل مسلم بذمي . . نقض ، والأصح في المسألتين : عدم النقض .

وحكى الروياني : أن بعض فقهاء خراسان سئل في مجلس أميرها عن قتل الحر بالعبد ، فقال : أُقدِّم حكاية ، ثم قال : كنت أيام تفقهي ببغداد نائماً ذات ليلة علىٰ شاطىء دجلة ، فسمعت ملاحاً يترنم ويقول [من الطويل] :

خذوا بدمي هٰذا الغزالَ فإنَّهُ رماني بسهمَي مقلتيهِ علىٰ عمد
ولا تقتلوهُ إنَّني أنا عبدُهُ ولم أَرَ حُراً قَطُّ يُقتلُ بالعبدِ[1]

فقال الأمير : حسبك ؛ فقد أغنيت عن الدليل ، قال الثعالبي : وكان أبو الحسن الماسرجسي ينشد في تدريسه هٰذين البيتين .

فرع :

قتل المسلم الحر شخصاً لا يعلم أنه مسلم أو كافر ، أو لا يعلم أنه حر أو عبد . . فلا قصاص ؛ للشبهة ، كذا نقله الشيخان عن صاحب « البحر » وأقراه .

قال الشيخ شرف الدين البارزي : وهٰذه المسألة مثل مسألة اللقيط سواء ، والأصح فيها : الوجوب ، ولا يظهر بين المسألتين فرق .

وقال القمولي : الظاهر : أن مراده ما إذا لم يكن له ولي ادعى الكفاءة ، أما إذا كان له ولي . . فهي مسألة اللقيط ، وهي التي صحح فيها الشيخان : وجوب القصاص بقتله

(١) في هامش (د) : (نسخة وفي مذهبي لا يقتل الحر بالعبد) .

وَيُقْتَلُ قِنٌّ وَمُدَبَّرٌ وَمُكَاتَبٌ وَأُمُّ وَلَدٍ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ . وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْداً ثُمَّ عَتَقَ ٱلْقَاتِلُ أَوْ عَتَقَ بَيْنَ ٱلْجُرْحِ وَٱلْمَوْتِ . . فَكَحُدُوثِ إِسْلَامٍ . . . .

قبل البلوغ ، وعللاه بأن الدار دار حرية وإسلام ، وبهـٰذا يجتمع الكلامان ولا تناقض .

قال : (**ويقتل قِنٌّ ومُدبَّر ومكاتب وأم ولد بعضهم ببعض**) ؛ للتساوي في الملك ، ولا نظر إلىٰ ما انعقد لهم من سبب الحرية .

وإنما ذكر المكاتب وأم الولد ؛ ليفهم أن توقع الحرية واستحقاقها في المستقبل لا يمنع القصاص ، وإنما المؤثر الحرية الناجزة عند القتل .

وذكر المدبر ؛ ليعلم تساوي سبب انعقاد العتق اللازم وغيره ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاقه : المكاتب ؛ فلا يقتل بعبده على المذهب وإن كان رقيقاً مثله ؛ لأنه سيده[1] .

قال في « الروضة » : وإذا أوجبنا . . استوفاه سيده ؛ لأنهما عبدان له .

قال : (**ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل أو عتق بين الجرح والموت . . فكحدوث إسلام**) أي : بعد القتل أو بينه وبين الجرح ، فالقصاص في الأولىٰ[2] ، وكذا في الثانية في الأصح .

فلو عتق بعد إرسال السهم وقبل الإصابة . . فلا قصاص في الأولىٰ ، وكذا في إسلام الذمي عقب إرسال السهم[3] .

---

(١) في هامش (د) : (ويلغز بهـٰذه المسألة في صورة ما إذا كان عبد المكاتب أباً فيقال : عبدان لا يقتل أحدهما بالآخر وابن لايقتل بأب ، وعبد لا يقتل بسيده) .

(٢) في النسخ غير (د) : (فلا قصاص في الأولى) ، ولعل الصواب ما أثبت ؛ فقد سبق قول المتن : (فلو أسلم القاتل . . لم يسقط القصاص) ، فكذلك الحكم هنا .

وفي هامش (م) : (صوابه : فالقصاص ثابت في الأولىٰ ، وكذا في الثانية ، وهـٰذا الذي يتعين ، لا ما ذكره من نفي القصاص ، والظاهر أنه تصحيف من الناسخ . ذكره يوسف الكردي) .

وفي هامش (و) : (قوله : « فلا قصاص » سبق قلم ، وكأنه أراد أن يكتب : فالقصاص واجب ، وهـٰذا أمر واضح ، وقد أصلح بعض النسخ من غير تبيين ما وقع في الأصل . كتبه عبد الرحمـٰن بن القلقشندي) .

(٣) في هامش (ص) : (أي : وقبل الإصابة) .

وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لَوْ قَتَلَ مِثْلَهُ . . لاَ قِصَاصَ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ تَزِدْ حُرِّيَّةُ ٱلْقَاتِلِ . . وَجَبَ . وَلاَ قِصَاصَ بَيْنَ عَبْدٍ مُسْلِمٍ وَحُرٍّ ذِمِّيٍّ ، وَلاَ بِقَتْلِ وَلَدٍ . . . .

قال : (**ومن بعضه حر لو قتل مثله . . لا قصاص**) ؛ لأنه لا يقتل ببعضه الحر البعض الحر وبالرقيق الرقيق ، بل قتل جميعه بجميعه ، فلو قتلناه به . . أدىٰ إلىٰ قتل جزء من الحر بجزء من الرقيق ، وإذا تعذر القصاص في البعض . . تعذر في الجميع .

ونظيره : لو باع شقصاً وسيفاً قيمة كل واحد عشرة بعبد وثوب قيمة كل واحد عشرة . . فإنا لا نجعل الشقص في مقابلة العبد أو الثوب ، بل المقابل له النصف من هٰذا والنصف من ذاك .

قال : (**وقيل : إن لم تزد حرية القاتل . . وجب**) ؛ لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما متساويان ، وأصل الخلاف قولا الحصر والإشاعة .

وفي قوله : (إن لم تزد) تنبيه علىٰ أن موضع الخلاف : إذا تساويا أو كانت الحرية في المقتول أكثر ، فأما إذا كانت في القاتل أكثر . . فلا قصاص قطعاً ؛ لانتفاء المساواة .

قال : (**ولا قصاص بين عبد مسلم وحر ذمي**) ؛ لأن المسلم لا يقتل بالذمي والحر لا يقتل بالعبد ، ولأنا لو قتلناه به . . لقتلنا الكامل بالناقص ، والفضائل لا تتقابل وإن كان في كفاءة النكاح قد قيل : إن النقيصة تجبر النقيصة ، فقال الإمام : لا يأتي ذلك هنا ، لٰكن لو قتل ذمي عبداً ثم نقض العهد واسترق . . لا يجوز قتله وإن صار كفءاً ؛ لأن الاعتبار بوقت الجناية ولم يكن مكافئاً له .

قال : (**ولا بقتل ولد**) سواء ساواه الولد في الحرية والدين أم لا ؛ لما روى الترمذي [١٣٩٩] عن سراقة بن مالك قال : (حضرت النبي صلى الله عليه وسلم يقيد الأب من ابنه ، ولا يقيد الابن من أبيه) .

وروىٰ أحمد [١٦/١] والطبراني : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل الوالد بالولد » .

وروى الحاكم [٣٦٩/٤] والبيهقي [٣٨/٨] عن عمر أنه قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يقاد الرجل من ابنه » .

وَإِنْ سَفَلَ وَلاَ لَهُ ، . . . .

ولأن الوالد سبب في وجوده ، فلا يحسن أن يكون الولد سبباً في إعدامه .

ونقل الشافعي في « الأم » و« المختصر » فيه الإجماع ، وأراد به في الجملة ؛ لأن مالكاً يخالف فيما إذا ذبحه كالشاة .

وأطلق ابن المنذر عن مالك : أنه لا يقتل به ، واختاره .

وقيل : أراد به إجماع الصحابة ؛ فإن عمر حكم به بحضرتهم ولم يخالفه منهم أحد .

ولرعاية حرمته . . انتفىٰ عنه الحد بقذفه .

وكره للجلاد أن يقتل أباه حداً أو قصاصاً ، وللغازي أن يقتل أباه الكافر[1] ، وبقولنا قال أبو حنيفة وأحمد .

وحكى الإمام خلافاً في أن القصاص هل وجب على الأب ثم سقط ، أو لم يجب أصلاً؟ ثم قال : وهـٰذا من حشو الكلام ؛ فالمانع من الاستيفاء مانع من الوجوب ، وأسقط من « الروضة » هـٰذا الخلاف .

ولو حكم حاكم بقتله بالولد . . نقض حكمه ، قال الرافعي : وليكن هـٰذا في المواضع التي يساعد عليه مالك .

قال : (**وإن سفل**) فلا تقتل الأجداد والجدات بالأحفاد ؛ لأنه حكم يتعلق بالولادة فاستوىٰ فيه من ذكرنا كالنفقة ، وخرج صاحب « التلخيص » فيه قولاً ، وهو كالخلاف في رجوع الوالد في هبة الولد ، وفي أنه هل له ولاية إجبار بنت ابنه في النكاح؟

قال : (**ولا له**) أي : كما لا يقتل بالولد لا يقتل له ، فلو قتل الوالد معتق ولده . . لم يكن للولد أن يقتص منه ؛ لأنه إذا لم يقتص منه بجنايته على الولد . . كان أولىٰ أن لا يستوفيه الولد .

(١) في هامش (ص) : (ويكره له ذلك إلا بسمعه يسب الله تعالىٰ أو رسوله صلى الله عليه وسلم) .

وَيُقْتَلُ بِوَالِدَيْهِ . وَلَوْ تَدَاعَيَا مَجْهُولاً فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا : فَإِنْ أَلْحَقَهُ ٱلْقَائِفُ بِٱلآخَرِ . . ٱقْتَصَّ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

وفي بعض نسخ « المنهاج » ـ وهو ساقط من أصل المصنف ـ : ولا يقتل بمن يرثه الولد ؛ بأن قتل زوجة ابنه أو زوجته وله منها ولد ، وكذا إذا قتل عبد ابنه أو ولد ولده ، وهو إيضاح لما تقدم .

ولا فرق في سقوط القصاص بين أن يثبت للولد جميع القصاص أو جزء منه .

وهـٰذا فيما إذا وجب القصاص للولد ابتداء ، ويلتحق به ما إذا وجب لغيره ابتداء ، ثم انتقل بالإرث كله أو بعضه إلىٰ ولد القاتل ، وصرح بهـٰذه في « التنبيه » فقال : وإذا وجب القصاص علىٰ رجل فورث القصاص ولده . . لم يستوف ، لـٰكن يرد عليه الولد المنفي باللعان ؛ فليس هو ولده ، ومع ذلك لا يجب القصاص بقتله على الأصح كما نقله الشيخان عن المتولي في (باب موانع النكاح) ؛ لبقاء شبهة النسب ، فإنه لو استلحقه . . لحقه .

قال : (**ويقتل بوالديه**[1]) بالإجماع ، سواء في ذلك الآباء والأجداد ؛ لحديث سراقة المتقدم ، وأفهم كلامه : أن المحارم يقتص لبعضهم من بعض ، وقد صرح به في « المحرر » ، وأسقطه المصنف ؛ لأنه مفهوم مما ذكره .

وأفهم : أن المكاتب يقتل إذا قتل أباه وإن كان ملكه ، وهو أقوى الوجهين في « الشرح الصغير » ، والأصح في « أصل الروضة » : المنع ، وهو المعتمد ؛ لأنه مملوكه والسيد لا يقتل بعبده .

قال : (**ولو تداعيا مجهولاً فقتله أحدهما : فإن ألحقه القائف بالآخر . . اقتص ، وإلا . . فلا**) ؛ لأنا تبينا أنه غير أبيه في الأولىٰ دون الثانية ، فلو ألحقه بثالث . . اقتص من القاتل ، وهو وارد علىٰ مفهوم عبارة المصنف لا على « المحرر »[2] ؛ فإنه قال :

---

(١) في هامش (ت) : (أي : بكسر الدال ؛ ليدخل فيه الأجداد والجدات ، كذا قاله الشيخ جلال الدين المحلي رحمه الله) .

(٢) في هامش (ص) : (هـٰذا علىٰ قراءة لفظ « المنهاج » « أُقْتُصَّ » بضمِّ الهمزة ، وأما علىٰ قراءته بكسرها . . فهو ما في « المحرر » بعينه . =

. . . .

فإن ألحقه القائف بعد ذلك بالقاتل . . فلا قصاص ، وإن ألحقه بالآخر . . اقتص .

أما قبل الإلحاق . . فلا قصاص ؛ لأن أحدهما أبوه ، وإن اشتركا في قتله . . فلا قصاص على الذي ألحق به ، ويقتص من الآخر ؛ لأنه شريك الأب .

وفي وجه : لا يقتص من الآخر ؛ لأن إلحاق القائف مبني على الأمارات والأشباه ، وهو ضعيف لا يناط به القصاص الذي يسقط بالشبهات .

فلو رجع المُقِرّان بنسب اللقيط عن دعواهما ثم قتلاه أو أحدهما . . لم يجب القصاص ؛ لأنه صار بدعواهما ابن أحدهما ، فلا يسقط حقه برجوعهما ، فالشبهة قائمة .

وإن رجع أحدهما وأصر الآخر . . فهو ابن الآخر ، فيقتص من الراجع إن اشتركا في قتله أو انفرد هو بقتله .

هـٰذا إذا لحق المولود أحدهما بالدعوىٰ ، فإن لحقه بالفراش ؛ بأن نكحت معتدة وأتت بولد يمكن كونه من الأول أو من الثاني ، أو فرض وطء شبهة من اثنين . . فإنما يتعين أحدهما بإلحاق القائف أو بانتساب المولود بعد بلوغه ، فلو نفاه أحدهما . . فهل يتعين للثاني أم يبقى الإبهام حتىٰ يعرض على القائف أو ينتسب؟ قولان : أظهرهما : الثاني .

فإن ألحقه القائف بأحدهما وكانا قد قتلاه . . اقتص من الآخر إن انفرد بقتله أو شارك فيه ، وإن ألحقه بأحدهما أو انتسب بعد البلوغ فقتله الذي لحقه . . لم يقتص منه ، فإن أقام الآخر بينة بنسبه . . لحقه واقتص من الأول .

= نعم ؛ لفظ « المنهاج » قد يفهم : أنه لو رجع القائل عن دعواه أن الآخر لا يقتص منه ، والمنقول عن العراقيين وغيرهم ، وبه جزم ابن القطان والماوردي : أنه يقتصُّ الآخر من الراجع إذا استمر علىٰ دعواه ، قال ابن الرفعة : وبناه الفوراني علىٰ أن نسبه يلتحق بالآخر بمجرد إنكار المنازع كما هو قول للشافعي ، أما إذا قلنا : لا يلحق بالآخر بمجرد الإنكار . . فلا يجب القصاص . اهـ كذا قاله في « الإبانة » ، وقال في « العمد » : المنصوص : أنه يقتل به ، وخرج قول : إنه لا يقتل ؛ بناء على القولين في لحوقه بنفس الإنكار) .

وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ ٱلأَخَوَيْنِ ٱلأَبَ وَٱلآخَرُ ٱلأُمَّ مَعاً . . فَلِكُلٍّ قِصَاصٌ ، وَيُقَدَّمُ بِقُرْعَةٍ ، فَإِنِ ٱقْتَصَّ بِهَا ، أَوْ مُبَادِراً . . فَلِوَارِثِ ٱلْمُقْتَصِّ مِنْهُ قَتْلُ ٱلْمُقْتَصِّ إِنْ لَمْ نُوَرِّثْ قَاتِلاً بِحَقٍّ ، وَكَذَا إِنْ قَتَلاَ مُرَتَّباً وَلاَ زَوْجِيَّةَ ، وَإِلاَّ . . فَعَلَى ٱلثَّانِي فَقَطْ . . . .

قال : (**ولو قتل أحد الأخوين الأب والآخر الأم معاً . . فلكل قصاص**) أي : على الآخر ؛ لأنه قتلَ مورِّثَه ، هـٰذا يقتص بأبيه ، وهـٰذا بأمه ، ولا يرث كل قاتل من قتيله شيئاً .

فلو عفا أحدهما عن الآخر . . كان للمعفو عنه قتل العافي ، والاعتبار في المعية والتعاقب بزهوق الروح لا بالجرح ، وتعبير المصنف بـ(القتل) يشير إليه .

قال : (**ويقدم بقرعة**) ؛ إذ لا ترجيح لأحدهما على الآخر ، والقرعة تقطع منازعتهما في ذلك .

قال : (**فإن اقتص بها ، أو مبادراً . . فلوارث المقتص منه قتل المقتص إن لم نورث قاتلاً بحق**) إذا اقتص من خرجت قرعته أو بادر بلا قرعة .

فإن قلنا : القاتل بحق لا يحرم الميراث ولم يكن المقتص محجوباً . . سقط القصاص عنه ؛ لأنه ورث القصاص المستحق علىٰ نفسه أو بعضه .

وإن قلنا : يحرم ـ وهو المذهب ـ أو كان هناك من يحجبه . . فلوارث المقتص منه أن يقتص من المبادر ؛ لثبوته عليه .

قال : (**وكذا إن قتلا مرتباً ولا زوجية**) أي : بين الأبوين ، فلكل منهما أن يقتص من الآخر ، وهل يقدم بالقرعة أو يبدأ بالقاتل الأول؟ فيه وجهان : أرجحهما في زوائد « الروضة » : الثاني ، ونقله الإمام عن الأصحاب .

قال : (**وإلا . . فعلى الثاني فقط**) أي : إذا كانت الزوجية باقية بين الأب والأم . . فلا قصاص على القاتل أولاً ، ويجب على القاتل الثاني ؛ لأنه إذا سبق أحدهما إلىٰ قتل الأب . . لم يرث من الأب ؛ لكونه قاتلاً ، وكان حق القصاص للابن الآخر وللأم بالزوجية ، فإذا قتل الآخر الأم . . كان الأول هو الذي يرثها ، فينتقل إليه القصاص المستحق عليه ويسقط .

ولو تقدم قتل الأم وتأخر قتل الأب . . سقط القصاص عن قاتل الأم وثبت علىٰ قاتل

الأب ، فإذا اقتص القاتل الأول من الثاني وقلنا : القاتل بحق يُحرَم الميراثَ ، أو كان المقتص محجوباً . . فلورثة المقتص منه نصيبه من دية القتيل الأول ، ويطالبون القاتل الأول .

قال : (**ويقتل جمع بواحد**)(١) سواء تساووا في عدد الجراحة أم تفاوتوا(٢) ؛ لما روىٰ مالك [٢/ ٨٧١] والشافعي [١/ ٢٠٠] والبخاري(٣) والبيهقي [٨/ ٢٠٠] : أن عمر قتل نفراً خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة ، وقال : (لو تمالأ عليه أهل صنعاء . . لقتلتهم جميعاً) ولم ينكر عليه ، فصار إجماعاً .

و(الغيلة) : أن يخدع ويقتل في موضع لا يراه فيه أحد(٤) .

وقتل علي رضي الله عنه ثلاثة بواحد ، وقتل المغيرة سبعة بواحد ، وقال ابن عباس : (إذا قتل جماعة واحداً . . قتلوا به ولو كانوا مئة)(٥) ، ولم ينكر عليهم أحد ، فكان إجماعاً .

ولأن القصاص عقوبة تجب للواحد على الواحد ، فتجب للواحد على الجماعة كحد القذف .

وأيضاً : القصاص شرع لحقن الدماء ، فلو لم يجب عند الاشتراك . . لكان كل من أراد أن يقتل عدوه يستعين بآخر علىٰ قتله ، فيزداد قوة ، ويتمكن بسبب المعاونة علىٰ ما لا يقدر عليه وحده ، ويحصل غرضه ، ويأمن القصاص .

ونقل الماسرجسي والقفال قولاً عن القديم : أن للولي أن يقتل واحداً منهم باختياره ، ويأخذ حصة الآخرين من الدية ، ولا يقتل الجميع ، ويكفي في الزجر :

---

(١) في هامش (ز) : (كأن ألقوه من عالٍ أو في بحرٍ ، أو جرحوه جراحات مجتمعة أو متفرقة وإن تفاوتت فحشاً أو عدداً) .

(٢) في هامش (ز) : (وسواء كان القتل بمثقلٍ أم بمحدَّدٍ أم بغيرهما) .

(٣) تعليقاً في الديات ، باب : إذا أصاب قوم من رجل ، هل يعاقب أو يقتصّ منهم كلّهم؟ .

(٤) في هامش (ز) : (قال الزركشي : معنى غيلة : حيلة ، وحدها شيخنا بما حده به الدميري) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (١٨٠٨٢) .

وَلِلْوَلِيِّ ٱلْعَفْوُ عَنْ بَعْضِهِمْ عَلَىٰ حِصَّتِهِ مِنَ ٱلدِّيَةِ بِٱعْتِبَارِ ٱلرُّؤُوسِ . وَلاَ يُقْتَلُ شَرِيكُ مُخْطِىءٍ . . . .

كون كل واحد منهم علىٰ وَجَلٍ من القتل ، ويروىٰ هـٰذا عن مالك ، وهو مذهب الزهري وابن سيرين[١] .

وقال ربيعة وداوود : لا سبيل إلىٰ قتلهم به ، بل تؤخذ منهم الديات بالسوية ، وعلى المشهور : إن آل الأمر إلى الدية . . أخذت دية واحدة[٢] .

قال : (**وللولي العفو عن بعضهم علىٰ حصته من الدية باعتبار الرؤوس**) توزيعاً عليهم[٣] ، سواء كانت جراحة بعضهم أفحش وأكثر عدداً أم لا ؛ لأن تأثير الجنايات لا ينضبط ، وقد تزيد نكاية الجرح الواحد علىٰ جراحات[٤] كثيرة .

وللاقتصاص منهم شروط :

أن يصدر من كل منهم ما لو انفرد لقتل .

وأن يكافئه كل منهم بحيث لو انفرد بقتله لقتل به ، وهو معلوم مما سبق .

قال : (**ولا يقتل شريك مخطىء**) ، لمَّا قرر : أن الجماعة تقتل بواحد . . عقبها بما ينفي القتل عن الجميع ، فلا قصاص على المتعمد الذي شارك مخطئاً ؛ لأن الموت

---

(١) في هامش (ز) : (واختاره ابن المنذر ، وقال : ثبت ذلك عن ابن الزبير ، وإذا اختلفت الصحابة . . فلا إجماع . وقال ابن النقيب فيه وفيما بعده : إنهما شاذان) .

(٢) في هامش (ز) : (بأن عفا عن كلهم ، وهو مفهوم من طريق أولىٰ . وعلى المشهور . . فهل قُتل كل واحد منهم ؛ لاستحقاق روحه بجملتها ، أو لأنه استحق منها شيء ، وهو العُشر مثلاً إذا كان القاتل عشرة ، وتسعة أعشاره تستوفىٰ تبعاً ؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به . . فهو واجب؟ وجهان : والمشهور : الأول .

والثاني : قال الحليمي : وهو يتأيد بالأصح فيما لو بادر أحد مستحقي القصاص فقتل الجاني من غير إذن الحاكم ، وأشار الإمام إلى أن الخلاف لفظي وليس كذلك ، بل من فوائده موضحة الجماعة ، وسيأتي في كلام المصنف رحمه الله تعالى) اهـ « محلي » .

(٣) في هامش (ز) : (لا باعتبار عدد الجراحات ، فعلى الواحد من العشرة عشرٌ) .

(٤) في هامش (ز) : (تنبيه : أطلق اعتبار الرؤوس ، فشمل الجراحات والضربات ، لـٰكن الصحيح في الضربات : أن التوزيع علىٰ عددها لا عدد الرؤوس ، والعرف : أنها تلاقي الظاهر ، ولا يعظم فيها التفاوت ، بخلاف الجراحات) .

وَشِبْهِ ٱلْعَمْدِ ، وَيُقْتَلُ شَرِيكُ ٱلْأَبِ ، وَعَبْدٌ شَارَكَ حُرّاً فِي عَبْدٍ ، وَذِمِّيٌّ شَارَكَ مُسْلِماً فِي ذِمِّيٍّ ، . . . .

حصل بفعلين لا يجب بأحدهما القصاص ، فغلب المسقط ، كما إذا قتل المبعض رقيقاً .

وقال مالك وأحمد والمزني في « العقارب »[1] : يقتص من شريك المخطىء[2] ، وقيل : إنه قول للشافعي .

لٰكن يستثنىٰ[3] من إطلاقه : ما لو قطع طرف رجل عمداً ، ثم قطع آخر طرفه الثاني خطأ ، ثم سرىٰ إلىٰ نفسه ومات . . فعليه القصاص ، وعلى المذهب علىٰ عاقلة المخطىء نصف دية الخطأ ، وفي مال المتعمد دية العمد إن كانت جراحته لا توجب قصاصاً ، أو آل الأمر إلى الدية ، وعليه قصاص الطرف إن كان قطع طرفاً .

قال : (**وشبهِ العمد**[4]) ؛ لأنه كالخطأ وهٰذه من زياداته على « المحرر » وهو غير محتاج إليه للعلم بأن حكمهما واحد .

قال : (**ويقتل شريك الأب**) ، خلافاً لأبي حنيفة ؛ لأن فعل الأب عمد محض ، ومع تحقق العمدية لا يضر كونه لا يجب علىٰ أحدهما ، بدليل ما لو عفا عن أحد الشريكين في القتل وخالف شريك المخطىء ؛ فإن الخطأ شبهة في فعله ، والفعلان مضافان إلىٰ محل واحد فكان لفعل المخطىء أثر في الدرء وهنا لا شبهة في الفعل وإنما هي في الذات وذات أحدهما غير ذات الآخر ، وبقولنا قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة[5] : لا قصاص علىٰ شريك الأب ، وحكاه الصيمري قولاً[6] .

قال : (**وعبد شارك حراً في عبد ، وذمي شارك مسلماً في ذمي**) ؛ لأن كلاً منهما لو انفرد . . لزمه القصاص .

---

(١) في هامش (ت) : (سمي : « كتاب العقارب » ؛ لصعوبته ، كذا وجد بخطه رحمه الله) .
(٢) في هامش (ز) : (كشريك الأب) .
(٣) في هامش (د) : (هٰذا الاستثناء فيه نظر) .
(٤) في هامش (ز) (هو مجرور بالعطف على ما قبله ، أي : « وشريك فاعل شبه العمد » ، وقدر « فاعل » ؛ إذ لا يصح إسناد « شريك » إلى « الشبه ») .
(٥) في (ت) : (أبو ثور) .
(٦) في هامش (ز) : (واستغربه صاحب « البحر ») .

وَكَذَا شَرِيكُ حَرْبِيٍّ ، وَقَاطِعٍ قِصَاصاً أَوْ حَدّاً ، وَشَرِيكُ ٱلنَّفْسِ وَدَافِعِ ٱلصَّائِلِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ عَمْداً وَخَطَأً وَمَاتَ بِهِمَا ، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيّاً أَوْ مُرْتَدّاً ثُمَّ أَسْلَمَ وَجَرَحَهُ ثَانِياً فَمَاتَ . . لَمْ يُقْتَلْ . . . .

قال : (**وكذا شريك حربي وقاطعٍ قصاصاً أو حداً ، وشريكُ النفس ودافعِ الصائل في الأظهر**) ؛ لحصول الزهوق بفعلين عمدين ، وامتناعُ القصاص على الآخر لمعنىً يخصه ، فصار كشريك الأب(١) .

والثاني : لا يجب ، بل عليه نصف الدية ؛ لأن من لا يضمن أخف حالاً من المخطىء ، فأولىٰ ألا يجب علىٰ شريكه(٢) .

ويجري القولان أيضاً : فيما إذا جرح مسلم مرتداً أو حربياً ثم أسلم فجرحه غيره ، أو جرح ذمي حربياً ثم عقدت له الذمة فجرحه ذمي آخر .

ولو جرحه سبع أو لدغته حية وجرحه رجل . . فالأشهر : طرد القولين .

وقيل : لا قصاص قطعاً ، وصححه القاضي حسين والإمام والغزالي .

فشريك السبع صححا فيه وجوب القصاص ، لٰكن صحح المصنف في « التصحيح » : أنه لا يجب .

قال : (**ولو جرحه جرحين عمداً وخطأً ومات بهما ، أو جرح حربياً أو مرتداً ثم أسلم وجرحه ثانياً فمات . . لم يقتل**) .

أما الأولىٰ . . فلأن الزهوق لم يحصل بالعمد المحض ، لٰكن يجب نصف الدية المخففة على العاقلة ، ونصف الدية المغلظة في ماله .

وأما إذا جرح حربياً أو مرتداً فأسلم وجرحه ثانياً . . فلأن الموت حصل بمضمون وغير مضمون .

---

(١) في هامش (ز) : (واعلم أن ما صححاه في شريك دافع الصائل كيف يستقيم مع قولهما هناك : إن الدفع عن غيره كهو عن نفسه ، وإذا هدر عن نفسه وعن غيره . . فلا يجب عند المشاركة؟ قاله الزركشي ، وهو ظاهر) .

(٢) في هامش (ز) : (ويُعارض شريك الأب ؛ لأن فعله مضمون ، بخلافه هنا) .

وَلَوْ دَاوَىٰ جُرْحَهُ بِسُمٍّ مُذَفِّفٍ . . فَلاَ قِصَاصَ عَلَىٰ جَارِحِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ غَالِباً . . فَشِبْهُ عَمْدٍ ، وَإِنْ قَتَلَ غَالِباً وَعَلِمَ حَالَهُ . . فَشَرِيكُ جَارِحِ نَفْسِهِ ، وَقِيلَ : شَرِيكُ مُخْطِىءٍ . . . .

نعم ؛ يثبت موجب الجراحة الحاصلة في حال العصمة من القصاص أو الدية المغلظة ، وكذلك الحكم لو قطعه قصاصاً أو بسرقة ثم جرحه أو قطعه ظلماً ، أو جرح الصائل أو الباغي دفعاً ثم جرحه مولياً .

قال : (**ولو داوىٰ جرحه بسم مُذفف . . فلا قصاص علىٰ جارحه**) ؛ لأن المجروح قتل نفسه ، كما لو جرحه إنسان فذبح هو نفسه ، ومراد المصنف نفي القصاص بالنسبة إلى النفس ، فلو كان الجرح يقتضي قصاصاً . . وجب ؛ تنزيلاً لقطع أثر السراية بالتذفيف منزلة البرء .

فلو قال المصنف : فلا ضمان في النفس . . كان أولىٰ ؛ ليعلم انتفاء الدية أيضاً .

وعلم من إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يعلم بحال السم أو لا[1] ، وبه صرح الماوردي والروياني .

قال : (**وإن لم يقتل غالباً . . فشبه عمد**) فلا قصاص على الجارح ، وإنما يلزمه نصف الدية المغلظة أو القصاص إن كانت الجراحة مما فيها قصاص ، وكذلك لو خاط المجروح جرحه في لحم حي . . ففيه الطريقان .

ولو كوى الجرح . . فهو كالخياطة ، فلو كوىٰ لحماً ميتاً لا يؤلم ولا يضر . . فالجارح القاتل ، وإن كان مؤلماً . . فهما قاتلان .

قال : (**وإن قتل غالباً وعلم حاله . . فشريك جارح نفسه**). أي : فيجب القود في الأظهر ؛ إجراءً لفعل المجروح مجرى العمد .

قال : (**وقيل : شريك مخطىء**) فلا قصاص عليه ؛ لأنه إنما قصد المداواة ، فشريكه شريك مخطىء ، وهـٰذه طريقة لا وجه .

أما إذا لم يعلم المجروح أنه يقتل غالباً . . فلا قصاص ، كما إذا كان مما لا يقتل .

---

(١) في هامش (ص) : (سواء شربه أو طلىٰ به جرحه إذا كان موحياً في الحال) .

وَلَوْ ضَرَبُوهُ بِسِيَاطٍ فَقَتَلُوهُ وَضَرْبُ كُلِّ وَاحِدٍ غَيْرُ قَاتِلٍ. . فَفِي ٱلْقِصَاصِ عَلَيْهِمْ أَوْجُهٌ : أَصَحُّهَا : يَجِبُ إِنْ تَوَاطَؤُوا . وَمَنْ قَتَلَ جَمْعاً مُرَتَّباً. . قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ ، أَوْ مَعاً. . فَبِٱلْقُرْعَةِ ، . . . .

قال : (**ولو ضربوه بسياط فقتلوه وضربُ كلِّ واحد غير قاتل. . ففي القصاص عليهم أوجه : أصحها : يجب إن تواطؤوا**) ؛ يعني : علىٰ ضربه تلك الضربات ، ولا يجب إن وقع اتفاقاً ، ويخالف الجراحات حيث لا يشترط فيها التواطؤ ؛ لأن نفس الجرح يقصد به الإهلاك ، بخلاف الضرب بالسوط .

والثاني : لا قصاص ؛ لأن فعل كل واحد شبه عمد[1] .

والثالث : يجب على الجميع القصاص ؛ لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى القتل .

واحترز بقوله : (وضرب كل واحد غير قاتل) عما لو كان قاتلاً لو انفرد ؛ فعليهم القصاص بلا خلاف .

وإذا آل الأمر إلى الدية. . فهل توزع على الضربات أو على الرؤوس؟ قولان : أرجحهما : الأول ، بخلاف الجراحات ، وهـٰذا الخلاف كالخلاف فيما إذا زاد الجلاد على العدد المضبوط في الحد. . هل عليه نصف الدية أو توزع على الأعداد؟ وكالخلاف فيما إذا استأجر دابة لحمل مئة مَنٍّ مثلاً فزاد عليها وهو غير منفرد باليد فتلفت الدابة : أن الضمان يتنصف أو يوزع علىٰ مقدار المحمول؟

قال : (**ومن قتل جمعاً مرتباً. . قتل بأولهم**) ؛ لسبق حقه .

وقيل : يقتل بجميعهم وتجب لكل واحد من الأولياء حصته من الدية ، حكاه الفوراني ، وإليه ذهب أبو حنيفة ، ولا فرق بين أن يكون ولي الأول حاضراً أو لا ، وفي « الإبانة » قول : إن ولي الأول إن غاب أو كان صبياً. . فلولي الثاني أن يقتص ، والمشهور : الأول .

قال : (**أو معاً. . فبالقرعة**) ؛ لتساويهم في الاستحقاق ، كما إذا هدم عليهم جداراً أو جرحهم وماتوا معاً .

---

(١) في هامش (ص) : (والباقي شركاؤه ولا قصاص على الجاني ولا علىٰ شركائه في شبه العمد كما تقدم ، فعلىٰ هـٰذا : تجب الدية قطعاً ، قاله الإمام) .

وَلِلْبَاقِينَ ٱلدِّيَاتُ . قُلْتُ : فَلَوْ قَتَلَهُ غَيْرُ ٱلأَوَّلِ . عَصَىٰ وَوَقَعَ قِصَاصاً ، وَلِلأَوَّلِ دِيَةٌ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

والأصح : أن القرعة واجبة ، وقيل : مستحبة ، فللإمام أن يقتله بمن شاء ، وصححه الروياني ، وكذلك الحكم إذا أشكل السابق لعدم الأولوية ، فمن خرجت له القرعة . . قتل به الجاني ، وليس لولي الثاني أن يجبر ولي الأول على المبادرة إلى القصاص أو العفو ، بل حقه على التراخي ، قاله ابن الرفعة .

ولا فرق بين أن يثبت الترتيب بالبينة أو بإقرار الجاني كما أفهمه إطلاق المصنف ، والاعتبار في التقديم والتأخير بوقت الموت لا بوقت الجناية .

قال : (**وللباقين الديات**) أي : في الصورتين ؛ لأنها جنايات لو كانت خطأً . . لم تتداخل ، فعند التعمد أولىٰ ، فلو لم يدر أقتلهم معاً أو مرتباً . . جعل كما لو قتلهم معاً ، فيقرع .

ولو كان بعض أولياء القتيل غائباً أو مجنوناً أو صبياً . . فالقياس : الانتظار إذا أوجبنا الإقراع .

وفي « الوسيط » عن رواية حرملة : أن للحاضر والكامل أن يقتص ، ويكون الحضور والكمال مرجحاً كالقرعة ، واستعمل المصنف هنا لفظة (معاً) للاتحاد في الزمان ، وقد تقدم ما فيه قريباً .

قال : (**قلت : فلو قتله غير الأول . . عصىٰ**) ؛ لأنه قتل نفساً منع من قتلها ، ويعزر بذلك ؛ لإبطال حق غيره .

قال : (**ووقع قصاصاً**) ؛ لأن حقه متعلق به ، بدليل ما لو عفا ولي الأول . . فإنه ينتقل إلىٰ من بعده .

قال : (**وللأول دية والله أعلم**) ؛ لتعذر القصاص بغير اختياره ، لـٰكن لو لم يجيء ولي الأول . . قال الشافعي : أحببت أن يبعث الإمام إليه ، فإن لم يبعث وقتله الثاني . . كرهته ولا شيء عليه .

قال الرافعي : يشبه أنها كراهة تحريم ؛ لأنه قال في « الأم » : فقد أساء .

فَصْلٌ :

جَرَحَ حَرْبِيّاً أَوْ مُرْتَدّاً أَوْ عَبْدَ نَفْسِهِ فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِٱلْجُرْحِ . . فَلاَ ضَمَانَ ، . . . .

تتمة :

أطلقوا إيجاب الدية ولم يبينوا أنها دية القتيل أو القاتل ، وذكر المتولي : أنه لو مات الجاني أو قتل بقصاص آخر أو رجم . . هل تجب دية القتيل أو القاتل؟ وجهان ، وفائدتهما فيما لو اختلف قدر الديتين . . فعلى الثاني : لو كان القتيل رجلاً والقاتل امرأة . . وجب خمسون من الإبل ، وفي العكس . . مئة ، قال : وإذا أخذت الدية قسمت على الجميع ، وبه جزم القاضي حسين .

وقيل : يختص بها ولي الأول .

ولو تمالأ عليه أولياء القتيل وقتلوه جميعاً . . ففيه ثلاثة أوجه[١] :

أصحها : أن القتل عن جميعهم موزع عليهم ، فيرجع كل واحد منهم إلىٰ ما يقتضيه التوزيع من الدية ، فإن كانوا ثلاثة . . أخذ كل واحد منهم ثلث حقه وله ثلثا الدية .

والثاني : يقرع بينهم ، ويجعل القتل واقعاً عمن خرجت له القرعة ، وللباقين الديات .

والثالث : يكتفىٰ به عن جميعهم ، ولا رجوع إلىٰ شيء من الدية .

قال : (**فصل**) هـٰذا عقده لتغير حال المجروح من وقت الجرح إلى الموت إما بالعصمة أو الإهدار[٢] ، وإما في القدر المضمون ، ولذلك أحوال ذكر المصنف بعضها .

قال : (**جرح حربياً أو مرتداً أو عبد نفسه فأسلم**[٣] **وعتق**[٤] **ثم مات بالجرح . . فلا ضمان**) لا بمال ولا قصاص ؛ لأن الجرح السابق غير مضمون ، وما وقع غير مضمون لا يجب بسرايته قصاص ، كقطع يد السارق إذا سرت إلى النفس ، وكما لو جرح صبي

---

(١) في (ص) : (ثلاثة أقوال) .
(٢) في هامش (ز) : (أو بالحرية) .
(٣) في هامش (ز) : (أي : الحربي والمرتد) .
(٤) في هامش (ز) : (أي : العبد) .

وَقِيلَ : تَجِبُ دِيَةٌ . وَلَوْ رَمَاهُمَا فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ . . فَلاَ قِصَاصَ ، وَٱلْمَذْهَبُ : وُجُوبُ دِيَةِ مُسْلِمٍ . . . .

إنساناً ثم بلغ الصبي ومات المجروح لم يجب القصاص ؛ لأن الكفاءة تعتبر حالة الجراحة دون الموت .

قال : (**وقيل : تجب دية**) ؛ نظراً لحال استقرار الجناية ، والمراد : دية حر مسلم كما سيأتي .

قال : (**ولو رماهما فأسلم وعتق . . فلا قصاص**) ؛ لعدم الكفاءة في أول أجزاء الجناية .

وكان الأحسن أن يقول : رماهم ؛ ليشمل الحربي والمرتد وعبد نفسه ، وأجيب عنه بأنه أشار إلى النوعين ملك نفسه والكافر بصنفيه من ردة وحرابة ، فهما مسألتان :

الأولىٰ : إذا رمىٰ إلىٰ حربي أو مرتد ثم أسلم الحربي أو المرتد(1) ثم أصابه السهم . . فلا قصاص قطعاً .

والثانية : إذا رمىٰ إلىٰ عبد نفسه ثم أعتقه قبل الإصابة ، وهو أولىٰ بالوجوب ؛ لأنه معصوم مضمون بالكفارة .

قال : (**والمذهب : وجوب دية مسلم**) ؛ اعتباراً بحالة الإصابة ، لأن حالة الرمي حالة سبب الجناية ، وحالة الإصابة حالة تحققها ، فكان الاعتبار بها أولىٰ .

وكما لو حفر بئراً وهناك حربي أو مرتد فأسلم ثم وقع فيها . . فإنه يضمنه وإن كان عند السبب مهدراً .

وقيل : لا يلزمه شيء ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ اعتباراً بحالة الرمي ، فإنه الداخل تحت الاختيار .

وقيل : تجب في المرتد دون الحربي ؛ لأن قتل الحربي مباح لكل أحد وقتل المرتد لا يجوز لغير الإمام فيفوض إليه ، فلو كان الرامي إلى المرتد هو الإمام . . فلا شيء عليه .

---

(1) في النسخ : (ثم أسلم الذمي) والتصويب من هامش (م) .

مُخَفَّفَةٍ عَلَى ٱلْعَاقِلَةِ . وَلَوِ ٱرْتَدَّ ٱلْمَجْرُوحُ ثُمَّ مَاتَ بِٱلسِّرَايَةِ . . فَٱلنَّفْسُ هَدَرٌ ، وَيَجِبُ قِصَاصُ ٱلْجُرْحِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

ويجري الخلاف : فيما إذا رمىٰ إلىٰ قاتل أبيه ثم عفا عنه قبل الإصابة ، وهو أولىٰ بالوجوب من المرتد .

قال : (**مخففة على العاقلة**) كما لو رمىٰ إلىٰ صيد فأصاب آدمياً ، وهـٰذا ما جزم به في « المحرر » ، وحكىٰ في « الشرح » في (الديات) فيه ثلاثة أوجه : دية عمد ، ودية شبه العمد ، ودية خطأ .

وعكس ذلك : لو جرح حربي مسلماً ثم أسلم الجارح أو عقدت له الذمة ثم مات المجروح . . صحح المصنف[1] : أنه لا ضمان ، وبه قطع البغوي .

قال : (**ولو ارتد المجروح ثم مات بالسراية . . فالنفس هدر**) لا قصاص فيها ولا دية ولا كفارة ؛ لأنه لو قتله في هـٰذه الحالة مباشرة . . لم يجب شيء ، فبالسراية أولىٰ .

واحترز بقوله : (فمات بالسراية) عما إذا اندملت بأن قطع يده ثم ارتد المقطوع واندملت يده ؛ فله القصاص .

قال : (**ويجب قصاص الجرح في الأظهر**) ؛ لأن القصاص في الطرف منفرد عن القصاص في النفس ومستقر فلا يتغير بما يحدث بعده ، كما لو قطع طرفه وجاء آخر فحز رقبته . . يجب على الأول قصاص الطرف وإن لم يجب عليهما قصاص النفس ، وهـٰذا منصوص « المختصر » .

والثاني ـ وهو نص « الأم » ، واختاره الإصطخري ـ : لا يجبَ ؛ لأن الطرف تبع للنفس إذا صارت الجناية قتلاً ، فإذا لم يجب قصاص النفس لا يجب قصاص الطرف ، ولذلك لو قطع طرف إنسان فمات منه فعفا وليه عن القصاص . . لم يكن له أن يقتص في الطرف .

---

(١) في هامش (د) : (في زوائد « الروضة ») .

وَيَسْتَوْفِيهِ قَرِيبُهُ ٱلْمُسْلِمُ ، وَقِيلَ : ٱلإِمَامُ ، فَإِنِ ٱقْتَضَى ٱلْجُرْحُ مَالاً . . وَجَبَ أَقَلُّ ٱلأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْشِهِ وَدِيَتِهِ ، وَقِيلَ : أَرْشُهُ ، وَقِيلَ : هَدَرٌ . . . .

وحكىٰ أبو حامد الإسفراييني وجهاً ثالثاً : أنه يسقط القصاص والأرش جميعاً ، وهو فاسد .

قال : (**ويستوفيه قريبه المسلم**) ، المراد : قريبه الذي كان يرثه لولا الردة ؛ لأن القصاص شرع للتشفي وذلك يتعلق بالقريب دون الإمام .

وعلىٰ هـٰذا : لو كان القريب صغيراً أو مجنوناً . . انتظر بلوغه وإفاقته ليستوفي .

قال : (**وقيل : الإمام**) كما يستوفي قصاص من لا وارث له ، ونسبه ابن كَج والماوردي إلى الأكثرين ، لـٰكن الرافعي ذكر : أن الآخذين بالأول أكثر ، وعلى الصحيح : يجوز للقريب العفو على مال على الأصح ويأخذه الإمام .

قال : (**فإن اقتضى الجرح مالاً**) وذلك كالجائفة والهاشمة (. . **وجب أقل الأمرين من أرشه وديته**) ؛ لأنه المتيقن ، فإذا كان الأرش أقل كالجائفة وقطعِ اليد الواحدة . . لم يُزد .

وكذلك إذا كانت دية النفس أقل ، كما إذا قطع يديه ورجليه فارتد ومات ؛ لأنه لو مات بالسراية مسلماً . . لم يجب أكثر منها ، فإذا مات مرتداً . . كان أولىٰ أن لا يجب أكثر منها .

قال : (**وقيل : أرشه**) أي : أرش الجرح بالغاً ما بلغ وإن زاد علىٰ دية النفس أضعافاً ، فيجب في قطع يديه ورجليه ديتان ؛ لأن الأرش إنما يندرج في الدية إذا وجب ضمان النفس بتلك الجراحة ، والنفس هنا تلفت مهدرة ، فلو أدرجنا . . لأهدرنا ، فجعلت الردة قاطعة للإدراج قائمة مقام الاندمال .

وعلىٰ كل حال : فالواجب لا يأخذ القريب منه شيئاً .

قال : (**وقيل : هدر**) ؛ لأن الجراحة إذا سرت . . صارت قتلاً ، وصارت الأطراف تابعة للنفس ، والنفس مهدرة ، فكذلك ما يتبعها .

وَلَوِ ٱرْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ بِٱلسِّرَايَةِ . . فَلاَ قِصَاصَ ، وَقِيلَ : إِنْ قَصُرَتِ ٱلرِّدَّةُ . . وَجَبَ وَتَجِبُ ٱلدِّيَةُ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفُهَا . . . .

هٰذا كله إذا طرأت الردة بعد الجرح ، فلو طرأت بعد الرمي وقبل الإصابة[1] . . فلا ضمان بالاتفاق ؛ لأنه حين جني عليه كان مرتداً .

قال : (**ولو ارتد**) أي : المجروح (**ثم أسلم فمات بالسراية . . فلا قصاص**) ؛ لتخلل حالة الإهدار ، وتجب الكفارة ؛ لأنه انتهىٰ إلىٰ حالة لو مات فيها . . لم يجب القصاص ، فصار ذلك شبهة دارئة للقصاص[2] .

قال : (**وقيل : إن قصرت الردة . . وجب**) ؛ لأنها إذا قصرت . . لم يظهر فيها أثر للسراية ، ثم الأصح : تخصيصهما بما إذا قصرت مدة الردة ، فإن طالت . . فلا قطعاً كما قال المصنف .

وقيل : بطردهما مطلقاً ؛ لأنه مضمون بالقصاص في حالتي الجرح والموت ، فلا نظر إلىٰ ما يتخللهما .

ومثله لو جرح ذمي ذمياً أو مستأمناً ، فنقض والتحق بدار الحرب ، ثم جدد العهد ومات .

قال : (**وتجب الدية**) أي : بكمالها في ماله ؛ نظراً لحالة الزهوق وهو فيها مسلم .

قال : (**وفي قول : نصفها**) ؛ توزيعاً على العصمة والإهدار ، وهٰذا صححه البغوي ، ومحله عند الجمهور : إذا طالت المدة وقلنا : لا قصاص ، وإلا . . فيقطع بكمالها .

وفي قول ثالث ـ خرجه ابن سريج ـ : يجب ثلثاها ؛ توزيعاً على الأحوال الثلاثة : حالتي العصمة ، وحالة الإهدار ، فيسقط ثلثها بإزاء السراية في الردة .

---

(١) في هامش (ص) : (أي : ثم أصابه قبل العود إلى الإسلام ، وإلا بأن عاد قبل الإصابة . . وجبت الدية . صرح به في « الروضة » [٩/١٦٩]) .

(٢) في هامش (ص) : (فرع : رمي إلى مسلم فارتد ثم عاد إلى الإسلام ثم أصابه السهم . . فلا قصاص على المشهور) .

وَلَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيّاً فَأَسْلَمَ أَوْ حُرٌّ عَبْداً فَعَتَقَ وَمَاتَ بِٱلسِّرَايَةِ . . فَلاَ قِصَاصَ ، وَتَجِبُ دِيَةُ مُسْلِمٍ ، وَهِيَ لِسَيِّدِ ٱلْعَبْدِ ، . . . .

وعن القاضي الطبري قول مخرج : إن الواجب أقل الأمرين من كل الدية وأرش الجراحة .

وخامس : أقل الأمرين من كل الدية وأرش الجناية ، وحكاه الرافعي .

وسادس : يجب أرش الجرح ويسقط ضمان السراية .

قال : (**ولو جرح مسلم ذمياً[1] فأسلم أو حر عبداً فعتق ومات بالسراية . . فلا قصاص**) ؛ لأنه لم يجن علىٰ مكافئه ، وأشار المصنف بهـٰذا إلىٰ ما يغير مقدار الدية ، واقتصر في الكتاب على التغير بالزيادة ، وسيأتي في آخر الفصل التغير بالنقص .

والضابط فيهما : اعتبار حال الموت ؛ لأن الضمان بدل التالف فينظر فيه إلىٰ حال التلف .

واحترز بقوله : (مات بالسراية) عما إذا مات بعد الاندمال ؛ فإنه يجب أرش الجناية .

والواجب في العبد لسيده ، فإذا قطع يديه ومات بعد اندماله . . وجب كمال قيمته مطلقاً .

وقيل : إن اندمل بعد العتق . . وجب دية حر .

قال : (**وتجب دية مسلم**) ؛ لأن الجرح[2] مضمون والزيادة في المضمون لازمة كزيادة المغصوب ، ولأن الاعتبار في قدر الدية بحال استقرارها بالموت ، ألا ترىٰ أنه إذا مات من قطع اليد . . تجب دية بعد أن كانت نصفاً ، وإذا مات من قطع اليدين والرجلين . . تجب دية بعد أن كانت ديتين .

وإنما لم يجب القصاص ؛ لأنه لم يقصد قتل المكافىء فكان شبهة .

قال : (**وهي لسيد العبد**) سواء كانت الدية مثل القيمة أو أقل ؛ لأنه استحق هـٰذا القدر بالجناية الواقعة في ملكه .

---

(١) في هامش (ص) : (أي : أو نحوه كمعاهد ومستأمن) .

(٢) في النسخ : (لأن القطع) ، والتصويب من هامش (م) .

فَإِنْ زَادَتْ عَلَىٰ قِيمَتِهِ . . فَٱلزِّيَادَةُ لِوَرَثَتِهِ . وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِٱلسِّرَايَةِ . . فَلِلسَّيِّدِ أَقَلُّ ٱلأَمْرَيْنِ مِنَ ٱلدِّيَةِ ٱلْوَاجِبَةِ وَنِصْفِ قِيمَتِهِ ، وَفِي قَوْلٍ : ٱلأَقَلُّ مِنَ ٱلدِّيَةِ وَقِيمَتِهِ . وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَعَتَقَ فَجَرَحَهُ آخَرَانِ وَمَاتَ بِسِرَايَتِهِمْ . . فَلاَ قِصَاصَ عَلَى ٱلأَوَّلِ إِنْ كَانَ حُرّاً ، وَيَجِبُ عَلَى ٱلآخَرَيْنِ . . . .

قال : (**فإن زادت**) أي : الدية (**علىٰ قيمته . . فالزيادة لورثته**) ؛ لأنها وجبت بسبب الحرية .

وقال المزني : إذا كانت القيمة أكثر . . وجبت بكمالها وصرفت إلى السيد .

قال : (**ولو قطع يد عبد فعتق ثم مات بالسراية . . فللسيد أقل الأمرين من الدية الواجبة ونصف قيمته**) ، وهو أرش الطرف المقطوع في ملكه لو اندملت الجراحة ؛ لأن السراية لم تحصل في الرق حتىٰ تعتبر في حق السيد . فإن كان كل الدية أقل . . فلا واجب غيره ، وإن كان نصف القيمة أقل . . فهو أرش الجناية الواقعة في ملكه .

قال : (**وفي قول : الأقل من الدية وقيمته**) أي : من كل الدية وكل القيمة ؛ لأن السراية حصلت بجناية مضمونة للسيد ، وقد اعتبرنا السراية حيث أوجبنا دية النفس ، فلا بد من النظر إليها في حق السيد ، فنقدر موته رقيقاً وموته حراً ، ونوجب للسيد أقل العوضين ، فإن كان قدر الدية أقل . . فليس على الجاني غيرها ومن إعتاق السيد جاء النقصان ، وإن كانت القيمة أقل . . فالزيادة وجبت بسبب الحرية ، فليس للسيد إلا قدر القيمة الذي كان يأخذه لو مات رقيقاً .

قال : (**ولو قطع يده فعتق فجرحه آخران ومات بسرايتهم . . فلا قصاص على الأول إن كان حراً**) ؛ لعدم المكافأة حال الجناية .

قال (**ويجب على الآخرين**) أي : قصاص الطرف قطعاً ، وكذا النفس على المذهب ؛ لأنهما كفآن ، وسقوطه عن الأول بمعنىً فيه ، فأشبه شريك الأب .

وسكت المصنف عن الدية ، وهي دية حر موزعة على الجنايات الثلاث كل واحد ثلثها ؛ لأن جروحهم صارت قتلاً بالسراية .

ولا حق للسيد فيما يجب على الآخرين ، وإنما يتعلق بما يؤخذ من الجاني عليه في

فَصْلٌ :

يُشْتَرَطُ لِقِصَاصِ ٱلطَّرَفِ وَٱلْجُرْحِ مَا يُشْتَرَطُ لِلنَّفْسِ . . . .

الرق ؛ لأنه الذي جنىٰ علىٰ ملكه ، والآخران جنيا علىٰ حر ، فله في مسألتنا الأقل من ثلث الدية وأرش الجراحة في ملكه ، وهو نصف القيمة ، وقيل : الأقل من ثلث الدية وثلث القيمة .

أما إذا تغير الحال بالنقص ؛ بأن جنىٰ علىٰ يهودي فتمجس ، فإن قلنا : يقر عليه . . وجبت دية مجوسي ، وإلا . . فكالردة ، فيجب الأقل من أرش الجناية علىٰ يهودي ودية نفسه ، وقيل : الأرش بالغاً ما بلغ[1] .

تتمة :

كل جرح أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال في الانتهاء ، وإن كان مضموناً في الحالين . . اعتبر في قدر الضمان الانتهاء ، وفي القصاص تعتبر الكفاءة في الطرفين والوسط .

قال : (**فصل :**

يشترط لقصاص الطرف والجرح ما يشترط للنفس) ، فكما يعتبر في القتل أن يكون عمداً محضاً عدواناً ، كذلك يعتبر في الطرف ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ .

فلا يتعلق القصاص بالجراحات وإبانة الأطراف إذا كانت خطأ أو شبه عمد .

ومن صور الخطأ : أن يقصد بالحجر جداراً فيصيب رأس إنسان فيوضحه .

ومن صور شبه العمد : أن يضرب رأسه بلطمة أو حجر لا يشج غالباً ؛ لصغره ، فيتورم الموضع إلىٰ أن يتضح العظم .

---

(١) في هامش (ص) : (وفيما نستحسنه منه القولان السابقان : فعلى الأظهر : أقل الأمرين من ثلث الدية وثلث القيمة ، وعلى الثاني : الأقل من ثلث الدية وأرش ما أتلف في ملكه ، وهو نصف القيمة ، كذا رأيته في بعض نسخ « شرح المنهاج » الأخرى ، ولعل فيه تصحيفاً من الكاتب ؛ إذ الأظهر : إنما هو المذكور ثانياً ، وعبارة « الروض » : وإن عفا عن القصاص على الدية فعلى الأول الثلث منها ، للسيد منه الأقل منه ومن نصف المال الثابت ، أي : الواجب بالقطع في الرق ، فتأمل . . تفهم) .

وقد يكون الضرب بالعصا الخفيفة والحجر المحدد عمداً في الشجاج ؛ لأنه يوضح غالباً ، ويكون شبه عمد في النفس ؛ لأنه لا يقتل غالباً .

وكذلك يشترط لقصاص الطرف والموضحة : أن يكون الجاني مكلفاً ملتزماً للأحكام ، وفي المجني عليه : أن يكون معصوماً ؛ فمن لا يقتل به الشخص لا يقطع طرفه ، بطرفه ، ومن يقتل به يقطع طرفه بطرفه .

ولا يشترط في قصاص الطرف التساوي في البدل كما لا يشترط في قصاص النفس ؛ فتقطع يد العبد بالعبد ، والرجل بالمرأة ، وبالعكس ، ويد الذمي بيد المسلم ، والعبد بالحر ، دون العكس .

وقال أبو حنيفة : إنما يجري قصاص الطرف بين حرين أو حرتين ، ولا يجري بين العبدين ، ولا بين العبد والحر ، ولا بين الذكر والأنثىٰ .

لنا : أن من قتل بغيره . . وجب قطع طرفه بطرفه عند السلامة كالحرين .

والمراد بـ(الطرف) : ما له حد ينتهي إليه ، كاليد والرجل والأذن وبـ(الجرح) : ما كان في الرأس والوجه والجسد ، إلا أن اقتصار المصنف عليهما فيه قصور ؛ فإن إزالة المنفعة كذلك ، فلو قال : ما دون النفس . . كان أعم .

وقد تفترق النفس والطرف فيما إذا قتل السيد مكاتبه ؛ فإنه لا يضمنه ، ولو قطع طرفه . . ضمنه[1] ؛ لأن الكتابة تبطل بقتله فيموت علىٰ ملك السيد ، ولا تبطل بقطع الطرف ، وأرشه كسب له فيجب ذلك له ، وهـٰذا شيء يضمن بعضه ولا يضمن كله ، عكس الشاة المعجلة كما تقدم .

قال (**ولو وضعوا سيفاً علىٰ يده وتحاملوا عليه دفعة فأبانوها . . قطعوا**) كما في النفس ، وهـٰذا بخلاف ما لو سرق رجلان نصاباً ؛ فإنه لا قطع ؛ لأن القطع في السرقة حد لله تعالىٰ والحدود بالمساهلات أحق ، بخلاف القصاص الذي هو حق آدمي .

واحترز بقوله : (وتحاملوا عليه) عما إذا تميز فعل بعضهم من بعض ؛ بأن كان

(١) في هامش (ص) : (هـٰذا النص مفرع على أنه يقتل به) .

قطع هٰذا من جانب وهٰذا من جانب حتى التقت الحديدتان ، أو قطع أحدهما بعض العضو وجاء آخر فقطع الباقي ؛ فلا قصاص علىٰ واحد منهما ، بل الواجب علىٰ كل منهما الحكومة علىٰ ما يليق بجنايته ، وينبغي أن يبلغ مجموع الحكومتين دية اليد .

وعن صاحب « التقريب » حكاية قول : أنه يقطع من كل واحد منهما بقدر ما قطع إن أمكن ضبطه ، وكذا لو جرَّا حديدة جرَّ المنشار .

وعند الجمهور : أنهما فعلان متميزان .

وقال ابن كَج : هو اشتراك يجب به القصاص .

وقال الإمام إن تعاونا في كل جذبة وإرسالة . . فاشتراك ، وإن جذب كل إلىٰ نفسه وفتر عن الإرسال إلىٰ صاحبه . . فكقول الجمهور .

قال : (**وشجاج الرأس والوجه عشر**) .

الجنايات فيما دون النفس ثلاثة أنواع : شق ، وقطع يبين عضواً ، وإزالة منفعة من غير شق وقطع . وكذلك رتبها المصنف .

فالأول : (الشِّجاج) ، وهي ـ بكسر الشين ـ جمع : شَجَّة ، بفتحها ، وهي : الجرح في الرأس والوجه ، وفي غيرهما تسمىٰ : جراحة ، ودليل كونها عشراً ؛ استقراء كلام العرب .

وعبارة المصنف تقتضي : أن العشر تتصور في الوجه ، ولا شك في تصورها في الجبهة ، وتتصور فيما عدا المأمومة والدامغة في الخد وقصبة الأنف والحنك الأسفل .

قال : (**حارصةٌ**) بحروف مهملات ، وبدأ بها ؛ لأنها أولهن .

قال : (**وهي التي تشق الجلد قليلاً**) كالخدش ، وتسمى : القاشرة ، وفسرها صاحب « المهذب » وغيره بأنها تكشط الجلد .

وتسمىٰ : الحريصة أيضاً ، يقال : حرص القصار الثوب : إذا خدشه وشقه بالدق .

وَدَامِيَةٌ تُدْمِيهِ ، وَبَاضِعَةٌ تَقْطَعُ ٱللَّحْمَ ، وَمُتَلاَحِمَةٌ تَغُوصُ فِيهِ ، وَسِمْحَاقٌ تَبْلُغُ ٱلْجِلْدَةَ ٱلَّتِي بَيْنَ ٱللَّحْمِ وَٱلْعَظْمِ ، وَمُوضِحَةٌ تُوضِحُ ٱلْعَظْمَ ، ....

قال (**ودامية تدميه**) ، المراد : تدمي موضعها ولا يقطر منها دم ، فإن سال منها دم . . فهي الدامغة ، كذا قاله أهل اللغة .

وذكر الإمام والغزالي في تفسيرها : سيلان الدم ، وهو خلاف ما اشتهر عن لفظ الشافعي ، وجعله المصنف خلاف الصواب .

وما قاله الإمام والغزالي قاله القاضي حسين ، ونقله ابن داوود عن ابن الأعرابي ، ونص عليه الجوهري في فصل (بضع) ، فقال : الباضعة : الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا أنه لا يسيل الدم ، فإن سال . . فهي الدامية ، هـٰذا لفظه ، لـٰكنه ذكر ما يخالفه في فصل (دمي) ، فقال : والدامية : الشجة التي تدمي ولا تسيل .

قال : (**وباضعةٌ تقطع اللحم**) أي : تشقه شقاً ضيقاً ، من البضع ، وهو : القطع .

و(البضعة) : القطعة من اللحم ، قال صلى الله عليه وسلم : « فاطمة بضعة مني »(١) .

قال : (**ومتلاحمةٌ تغوص فيه**) ولا تبلغ الجلدة التي بين اللحم والعظم ، وقد تسمىٰ : اللاحمة .

قال : (**وسِمحاق تبلغ الجلدة التي بين اللحم والعظم**) ، سميت بذلك ؛ لأن الجلدة يقال لها : السمحاق ، وكل جلدة رقيقة فهي سمحاق .

وقد تسمىٰ هـٰذه الشجة : الملطا والمِلطاة واللاطية .

قال : (**وموضحة توضح العظم**) أي : تخرق اللحم وتبدي وضح العظم .

يقال : وضح الأمر وضوحاً إذا تبين ، وهـٰذا يقتضي اعتبار ظهوره ، وليس كذلك ، بل لو غرز ميلاً حتى انتهىٰ إلى العظم وسله . . فهي موضحة على المذهب ،

(١) أخرجه البخاري (٣٧١٤) ، ومسلم (٢٤٤٩) .

وَهَاشِمَةٌ تَهْشِمُهُ ، وَمُنَقِّلَةٌ تَنْقُلُهُ ، وَمَأْمُومَةٌ تَبْلُغُ خَرِيطَةَ ٱلدِّمَاغِ ، وَدَامِغَةٌ تَخْرِقُهَا .
وَيَجِبُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْمُوضِحَةِ فَقَطْ ، ....

كما قاله الرافعي في (الفصل الثالث) في المماثلة ، وفي (الباب الثاني) في دية ما دون النفس ، ولهٰذا قال في « المطلب » : المراد : أن يكشفه بحيث يقرعه المرود وإن كان غير مشاهد لأجل الدم الذي يستره .

قال : (**وهاشمةٌ تهشمه**) أي : تكسره ، سواء أوضحته أم لا ، ويقال للنبات اليابس المتكسر : هشيم ، قال تعالىٰ : ﴿فَأَصْبَحَ هَشِيمًا تَذْرُوهُ ٱلرِّيَٰحُ﴾ .

قال : (**ومنقلةٌ تنقله**) أي : من موضع إلىٰ موضع ، ويقال : هي التي تكسر وتنقل.

ويقال : هي التي تكسر العظم حتىٰ يخرج منها فَراش العظام .

والفَراشة : كل عظم رقيق .

قال : (**ومأمومة تبلغ خريطة الدماغ**) المحيطة به ، ويقال لها : الآمة أيضاً .

قال : (**ودامغة تخرقها**) ؛ بأن تصل إلىٰ نفس (الدماغ) ، وهو : حشو الرأس ، وهٰذه مُذفِّفة غالباً .

فهٰذه العشرة هي المشهورة ، قال الجوهري : وزاد أبو عبيد الدامعة ـ بالعين المهملة ـ بعد الدامية ، ولذلك جعلها الماوردي أحد عشر .

قال : (**ويجب القصاص في الموضحة فقط**) ؛ لتيسر ضبطها واستيفاء مثلها ، وادعى المتولي في ذلك الإجماع .

وفي « سنن البيهقي » [٨/ ٦٥] عن العباس بن عبد المطلب : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود في المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة » .

وفي « أحكام عبد الحق » : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض فيما دون الموضحة بشيء إذا كان كذلك بغير الحكومة .

وروىٰ طاووس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات »[1] » .

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٨٣) ، وعبد الرزاق (١٧٣١٦) .

وَقِيلَ : وَفِيمَا قَبْلَهَا سِوَى ٱلْحَارِصَةِ . وَلَوْ أَوْضَحَ فِي بَاقِي ٱلْبَدَنِ أَوْ قَطَعَ بَعْضَ مَارِنٍ أَوْ أُذُنٍ أَوْ لَمْ يُبِنْهُ . . وَجَبَ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

ولا قصاص فيما بعد الموضحة ؛ لأنه لا تؤمن الزيادة والنقصان في طول الجراحة وعرضها ، ولا يوثق باستيفاء المثل ، ولذلك يمتنع القصاص في كسر العظام كما سيأتي .

قال : (**وقيل : وفيما قبلها سوى الحارصة**) ، قال في « الدقائق » : (هٰذا الاستثناء زيادة في « المنهاج » لا بد منها ؛ فإن الحارصة لا قصاص فيها مطلقاً قطعاً ، وإنما الخلاف في غيرها) اهـ

وذكر ابن الرفعة : أن كلام الماوردي والفوراني والمتولي يفهم خلافاً فيها .

قال : (**ولو أوضح في باقي البدن أو قطع بعض مارن أو أذن أو لم يبنه . . وجب القصاص في الأصح**) ، أما الأول . . فلقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ ، ولتيسر المثل ؛ فإنه ينتهي إلىٰ عظم يؤمن معه الحيف كالرأس والوجه .

والثاني : لا يجب كما لا يجب فيه أرش مقدر ، ولأن الخطر في الجراحة على الرأس والوجه أعظم ، والشين الحاصل فيها أقبح[1] .

وأما في الثانية ، وهي ما إذا قطع بعض الأذن أو بعض (المارن) ، وهو : ما لان من الأنف ، ولم يبنه . . فيجب فيه القصاص ؛ لإمكان الاطلاع عليهما وتقدير المقطوع بالجزئية كالثلث والنصف ، ويستوفىٰ من الجاني مثله ، ولا نظر إلىٰ مساحة المقطوع ، وقد تختلف الأذنان كبراً وصغراً .

وكلام المصنف يفهم : أنه إذا أبانه لا يكون كذلك ، وليس كذلك ، بل الصحيح الوجوب ، وهو أولىٰ به من غير الإبانة ، ولذلك عبر في « الروضة » في المبان بالصحيح ، وفي غيره بالأظهر ، فالتقييد حينئذٍ بعدم الإبانة لا فائدة له .

وإبانة بعض الشفة واللسان والحشفة كبعض الأذن يقتص فيه على الصحيح .

---

(١) في هامش (ص) : (أي : نوجب القصاص في جراحتيهما الموضحة للتنفير ، ولم تجب في موضحة غيرهما ؛ لخفة الأمر فيه) .

وَيَجِبُ فِي ٱلْقَطْعِ مِنْ مَفْصِلٍ حَتَّىٰ فِي أَصْلِ فَخِذٍ وَمَنْكِبٍ إِنْ أَمْكَنَ بِلاَ إِجَافَةٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَيَجِبُ فِي فَقْءِ عَيْنٍ وَقَطْعِ أُذُنٍ وَجَفْنٍ وَمَارِنٍ وَشَفَةٍ وَلِسَانٍ وَذَكَرٍ وَأُنْثَيَيْنِ ، . . . .

فرع :

قطع يداً أو عضواً وبقي المقطوع معلقاً بجلدة . . وجب القصاص أو كمال الدية ؛ لأنه أبطل فائدة العضو ، ثم إذا انتهى القطع في الاقتصاص إلىٰ تلك الجلدة . . فقد حصل الاقتصاص ، ثم يراجع أهل الخبرة ويفعل ما فيه المصلحة من قطع أو ترك .

قال : (**ويجب في القطع من مَفصِل**) وهو بفتح الميم وكسر الصاد ، واحد : مفاصل الأعضاء ، كالأنامل والكوع والمرفق ومَفصِل القدم والركبة ، كل ذلك ؛ لانضباطه[1] .

قال : (**حتىٰ في أصل فخذ ومنكب إن أمكن بلا إجافة**) ؛ لأن المقصود المساواة ، فمتىٰ حصلت . . فعلت .

قال : (**وإلا . . فلا على الصحيح**) أي : إذا لم يمكن القصاص إلا بالإجافة . . لم يقتص ، سواء أجافه الجاني أم لا ؛ لأن الجوائف لا تنضبط ضيقاً وسَعة وتأثيراً ونكاية ، ولذلك لم يجز القصاص فيها .

والثاني : أنه يقتص إذا كان الجاني قد أجاف وقال أهل النظر : يمكن أن يجاف مثل ذلك .

قال : (**ويجب**) القصاص (**في فقء عين وقطع أذن وجفن ومارن وشفة ولسان وذكر وأنثيين**) ؛ لأن لها نهايات مضبوطة وإن لم يكن مَفصِل ، ويجري أيضاً في الأذن والمارن واللسان ؛ لأن له حداً ينتهي إليه ، فأشبه الأنف .

وقال أبو إسحاق : لا قصاص في اللسان ؛ لأنه لا يمكن استيعابه إلا بقطع غيره ، وفي الشفة وجه عن أبي حامد .

---

(١) في هامش (ص) : (قال الرافعي : المفصل : موضع اتصال عضو بعضو علىٰ منقطع عظمين برباطات واصلة ، وقد يكون ذلك على سبيل المجاورة المحضة ، وقد يكون مع دخول عضو في عضو ، كما في المرفق والركبة) .

قال : (**وكذا أليان وشفران في الأصح**) ؛ لأن لها حداً تنتهي إليه .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يمكن الاستيفاء إلا بقطع غيره .

وادعى الإمام في الأليين : اتفاق الأصحاب عليه .

و(الأليان) : تثنية ألية ، وفي لغةٍ قليلة : أليتان بزيادة التاء ، وبها جاءت رواية البخاري عن سهل بن سعد : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في حديث عويمر العجلاني : « إن جاءت به عظيم الأليتين » .

وفي حديث ابن عباس : « سابغ الأليتين » بإثبات التاء في الروايتين .

وكذلك في حديث أبي واقد الليثي .

و(الشفران) بضم الشين المعجمة : طرفا جانب الفرج ، وسيأتي ضبط ذلك في (الديات) .

أما الذكر . . فيؤخذ بعضه ببعض على الأصح باعتبار الجزئية ، ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصي ، والمختون بالأغلف ، وكذلك عكسه .

وقطع في « الروضة » بوجوب القصاص في الجفن ، وليس كذلك ؛ فقد حكى الرافعي[1] عن بعض الأصحاب : أنه لا قصاص فيه ، والرافعي لم يدع القطع بذلك ، ثم قال الرافعي : ولا قصاص في إطار السه ؛ لأنه ليس له حد مقدر ، وهي بكسر الهمزة وتخفيف الطاء المهملة ، أي : أطراف حلقة الدبر ؛ لأن المحيط بالحلقة لا ضابط له .

ووقع في « الروضة » بخط المصنف : إطار الشفة ، وهو تصحيف ووهم ؛ فإن القصاص يجب في أطراف الشفة بالجزئية كالثلث والربع لا بالمساحة .

وسكوت المصنف عن القصاص في الثدي يشعر بأنه لا قود فيه ، وهو الذي نقله الرافعي عن « التهذيب » في (كتاب الديات) ؛ لأنه لا تمكن رعاية المماثلة فيه ، ثم

---

(١) في (ز) و(ت) : (ابن الرفعة) .

وَلاَ قِصَاصَ فِي كَسْرِ ٱلْعِظَامِ ، وَلَهُ قَطْعُ أَقْرَبِ مَفْصِلٍ إِلَىٰ مَوْضِعِ ٱلْكَسْرِ وَحُكُومَةُ ٱلْبَاقِي . وَلَوْ أَوْضَحَهُ وَهَشَمَ . . أَوْضَحَ وَأَخَذَ خَمْسَةَ أَبْعِرَةٍ . وَلَوْ أَوْضَحَ وَنَقَّلَ . . أَوْضَحَ وَلَهُ عَشَرَةُ أَبْعِرَةٍ . وَلَوْ قَطَعَهُ مِنَ ٱلْكُوعِ . . فَلَيْسَ لَهُ ٱلْتِقَاطُ أَصَابِعِهِ ، . . .

قال : ولك أن تمنع ذلك وتقول : الثدي هو الشاخص ، وهو أقرب إلى الضبط من الشفتين والأليين ونحوهما . اهـ

ولم يتذكر رحمه الله أنه قال عقب (باب العفو عن القصاص) : (ويقطع الثدي بالثدي ، وفيما إذا لم يتدل وجه : أنه لا يقطع ؛ لأنه لا يتميز عن لحم الصدر) .

قال : (**ولا قصاص في كسر العظام**) ؛ لعدم انضباطها إلا في السن علىٰ خلاف يأتي فيها .

قال : (**وله قطع أقرب مَفصِل إلىٰ موضع الكسر وحكومة الباقي**) ؛ لتعذر القصاص ، وله أن يعفو ويعدل إلى المال .

وعند أبي حنيفة : لا يجمع بين القطع والمال ، بل يسقط القصاص ويجب المال .

قال : (**ولو أوضحه وهشم . . أوضَح**) ؛ لإمكان القصاص في الموضحة .

قال : (**وأخذ خمسة أبعرة**) ؛ لتعذر القصاص في الهشم ، وهـٰذا المأخوذ هو أرش ما بين الموضحة والهاشمة .

قال : (**ولو أوضح ونقَّل . . أوضَح وله عشرة أبعرة**) ؛ لما تقدم .

ولو أوضح وأمَّ . . فله أن يوضح ويأخذ ما بين أرش الموضحة والمأمومة ، وهو ثمانية وعشرون وثلث ؛ فإن في المأمومة ثلث الدية .

قال : (**ولو قطعه من الكوع . . فليس له التقاط أصابعه**) ؛ لأنه قادر علىٰ محل الجناية ، ومهما أمكن بالمماثلة لا يعدل عنها .

و(الكوع) بضم الكاف ، ويقال له : الكاع : طرف الزند الذي يلي الإبهام ، يقال : فلان أحمق يمتخط بكوعه ، والأكوع : المعوج الكوع .

وأما (البوع) بالباء الموحدة . . فهو : العظم الذي عند أصل الإبهام من الرجل ، ومنه قولهم : لا يعرف كوعه من بوعه ، أي : لا يدري من غباوته ما اسم العظم الذي

فَإِنْ فَعَلَهُ . . عُزِّرَ وَلاَ غُرْمَ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ قَطْعَ ٱلْكَفِّ بَعْدَهُ . وَلَوْ كَسَرَ عَضُدَهُ وَأَبَانَهُ . . قُطِعَ مِنَ ٱلْمِرْفَقِ ، وَلَهُ حُكُومَةُ ٱلْبَاقِي ، فَلَوْ طَلَبَ ٱلْكُوعَ . . مُكِّنَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

عند إبهام يده من الذي عند إبهام رجله .

قال : (**فإن فعله . . عزر**) ؛ لعدوله عن المستحق .

قال : (**ولا غرم**) ؛ لأنه يستحق إتلاف الجملة ، فلا يلزمه بإتلاف البعض غرم ، كما أن مستحق القصاص في النفس لو قطع طرفاً من الجاني . . لا يلزمه غرم .

قال : (**والأصح : أن له قطع الكف بعده**) ، كما أن مستحق النفس لو قطع يد الجاني . . له أن يعود ويحز رقبته .

والثاني : ليس له قطع الكف بعد لقط الأصابع ؛ لأنه أخذ ما يقابل الدية وزاد ألماً .

وعلى المذهب : لو ترك قطع الكف وطلب حكومتها . . لم تجب ؛ لأن حكومة الكف تدخل في دية الأصابع ، وقد استوفى الأصابع المقابلة بالدية .

قال : (**ولو كسر عضده وأبانه . . قطع من المرفق**) ؛ لأنه أقرب مَفصِل إلىٰ محل الجناية .

قال : (**وله حكومة الباقي**) ؛ لتعذر القصاص فيه ، وهـٰذه الصورة كانت تعلم من قوله قبل هـٰذا : (وله قطع أقرب مَفصِل إلىٰ موضع الكسر ، والحكومة للباقي) .

قال : (**فلو طلب الكوع . . مكن في الأصح**) ؛ لأنه عاجز عن القطع في محل الجناية ، وهو بالعدول إلى الكوع تارك بعض حقه ، فلا يمنع منه .

والثاني : المنع ؛ لعدوله عما هو أقرب إلىٰ محل الجناية ، ولا ترجيح في « الشرح » ولا في « الروضة » هنا ، والراجح في « الشرح الصغير » : عدم التمكين ، والمعتبر ما في « المنهاج » .

ولو أراد لقط الأصابع . . لم يمكن ؛ لأن فيه تعديد الجراحة ، وذلك عظيم الموقع . فإن اقتصر علىٰ إصبع واحدة . . فالقياس : أنه على الوجهين في قطع

وَلَوْ أَوْضَحَهُ فَذَهَبَ ضَوْءُهُ . . أَوْضَحَهُ ، فَإِنْ ذَهَبَ ٱلضَّوْءُ وَإِلاَّ . . أَذْهَبَهُ بِأَخَفِّ مُمْكِنٍ كَتَقْرِيبِ حَدِيدَةٍ مُحْمَاةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ . . . .

الكوع ، وإذا قلنا : ليس له أن يقطع من الكوع ، فلو قطع ثم أراد القطع من المرفق . . لم يمكن .

فرع من « الأم » :

لو شق كفه حتى انتهىٰ إلىٰ مَفصِل ثم قطع من المَفصِل أو لم يقطع . . اقتص منه إن قال أهل الخبرة : يمكن أن يفعل به مثله .

قال : (**ولو أوضحه فذهب ضوءه . . أوضحه ، فإن ذهب الضوء ، وإلا . . أذهبه بأخفِّ مُمكنٍ كتقريب حديدة محماة من حدقته**) ، شرع يتكلم في المنافع والمعاني وهما يضمنان بالإذهاب كالأطراف ، غير أنه لا تمكن مباشرتهما بالتفويت ، وإنما يفوتان علىٰ وجه التبعية لمحالهما ، فإذا أوضح رأسه فذهب ضوء عينه . . فالنص : أنه يجب القصاص في الضوء كما يجب في الموضحة .

ونص فيما إذا قطع إصبعه فسرىٰ إلى الكف أو إلىٰ إصبع أخرىٰ بتأكُّلٍ أو بشلل : أنه لا يجب القصاص في محل السراية .

والفرق : أن الأجسام تنال بالجناية ، فالجناية علىٰ غيرها لا تعد قصداً إلىٰ تفويتها ، وضوء البصر لا يباشر بالجناية ، فطريق تفويته الجناية علىٰ محله أو علىٰ ما يجاوره ويتعلق به ، فضمن بالقصاص كالنفس .

وقيل : في مسألة الضوء قولان ، ولا قصاص في المتأكِّل قطعاً ، حكاه الرافعي ، وأسقطها من « الروضة » .

ولأهل الخبرة طرق في إبطالها ، كتقريب حديدة محماة إلى الحدقة أو طرح الكافور فيها .

ولو هشم رأسه فذهب ضوء عينيه . . عولج بما يزيل الضوء ، ولا يقابل الهشم بالهشم .

قال الجوهري : يقال : أحميت الحديد في النار ، فهو محميٌ ، ولا يقال : حميته .

وَلَوْ لَطَمَهُ لَطْمَةً تُذْهِبُ ضَوْءَهُ غَالِباً فَذَهَبَ.. لَطَمَهُ مِثْلَهَا، فَإِنْ لَمْ يَذْهَبْ.. أُذْهِبَ. وَٱلسَّمْعُ كَٱلْبَصَرِ يَجِبُ ٱلْقِصَاصُ فِيهِ بِٱلسِّرَايَةِ، وَكَذَا ٱلْبَطْشُ وَٱلذَّوْقُ وَٱلشَّمُّ فِي ٱلأَصَحِّ. ....

قال: (**ولو لطمه لطمة تذهب ضوءه غالباً فذهب.. لطمه مثلها**)؛ طلباً للمماثلة، أما اللطم والضرب الذي لا يوجب شيئاً مما ذكره.. فالواجب فيه: التعزير.

قال الجوهري: (اللطم): الضرب على الوجه بباطن الراحة، وفي المثل: (لو ذات سوار لطمتني) قالته امرأة لطمتها مَن ليست لها بكفء.

قال: (**فإن لم يذهب.. أذهب**) أي: بالمعالجة، والمراد: ذهابه من العينين معاً، فإن ذهب من إحداهما.. لم يلطم؛ لاحتمال أن يذهب منهما، بل يفعل به كما سيأتي.

وفي وجه ـ صححه البغوي واستحسنه الرافعي ـ: أنه لا يقتص في اللطمة؛ لعدم انضباطها.

قال: (**والسمع كالبصر يجب القصاص فيه بالسراية**)؛ لأن له محلاً مضبوطاً، كذا صححه الإمام رواية ونقلاً، وجعلهما صاحب « التقريب » أيضاً في درجة، ويليهما الكلام، ويليه البطش، ويليه العقل.

وفي « المهذب »: أنه لو جنىٰ علىٰ رأسه فذهب عقله، أو علىٰ أنفه فذهب شمه، أو علىٰ أذنه فذهب سمعه.. لم يجب القصاص في العقل والشم والسمع؛ لأن هـٰذه المعاني في غير محل الجناية فلا يمكن القصاص فيها.

قال: (**وكذا البطش والذوق والشم في الأصح**)؛ لما قلناه، ولأهل الخبرة طرق في إبطالها أيضاً.

والثاني: المنع؛ لأن هـٰذه المعاني لا يمكن القصاص فيها.

فإن قيل: اقتصر المصنف من الحواس علىٰ أربعة ولم يذكر اللمس، وقال البارزي: إنه في معنىٰ باقي الحواس، ولهـٰذا أطلقه في « الحاوي ».. فالجواب: أنه لم يذكره؛ لأن زواله إن كان بزوال البطش.. فقد ذكره، وإن لم يَزُلِ البطشُ.. لم

يتحقق زوال اللمس ، فإن فرض تخدرٌ . . وجبت الحكومة لا القصاص .

قال : (**ولو قطع إصبعاً فتأكَّل غيرُها . . فلا قصاص في المتأكِّل**) ؛ لعدم تحقق العمدية ، هـٰذا هو المنصوص .

وفيه قول مخرج من ذهاب الضوء بالموضحة : إنه يجب القصاص كما تقدم .

وقال أبو حنيفة : يسقط قصاص الإصبع بالسراية إلى الكف .

لنا : أنها جناية مضمونة بالقصاص ، لو لم تسْر . . فلا يسقط القصاص فيها بالسراية ، كما لو قطع يد حامل فسرىٰ إلىٰ جنينها فسقط ميتاً .

تتمة :

علم من نفيه القصاص خاصة : وجوب الدية على الجاني ، وتجب حالَّةً في ماله ؛ لأنها سراية جناية عمد وإن جعلناها خطأ في سقوط القصاص .

وقيل : على العاقلة ؛ لأنا قدرناها في حكم الخطأ .

وإذا اقتصر علىٰ إصبع . . وجب أربعة أخماس الدية للأصابع الأربع الذاهبة بالسراية ، ولا تجب لمنابتها من الكف حكومة ، بل تدخل في ديتها .

* * *

خاتمة

ضرب يده فتورمت ثم سقطت بعد أيام . . وجب القصاص ، حكاه الشيخان في « الفروع المنثورة » قبيل (الديات) عن البغوي ، وخالف ما نحن فيه ؛ لأن جنايته علىٰ جميع البدن وجميع النفس ، فتأخير سقوطه لا يمنع القود ، والله أعلم .

* * *

بَابُ كَيْفِيَّةِ ٱلْقِصَاصِ وَمُسْتَوْفِيهِ وَٱلاخْتِلاَفِ فِيهِ

. . . .

باب كيفية القصاص ومستوفيه والاختلاف فيه

(القصاص) : القود ، ولفظه مأخوذ من القص ، وهو القطع ، وقيل : من اقتصاص الأثر ، وهو تتبعه ؛ لأن المقتص يتبع الجاني إلىٰ أن يقتص منه .

والمصنف رحمه الله عقد هـٰذا الباب لما ذكره وللعفو ، فذكر في الترجمة ثلاثة أمور ، وعقد لكل منها فصلاً ، غير أنه خالف ترتيب الترجمة ؛ لأنه قدم (فصل الاختلاف) علىٰ (فصل من يستوفي القصاص) .

والأصل في الباب قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ .

قال ابن عطية : وهـٰذا نحو قول العرب : القتل أنفىٰ للقتل ، ويروىٰ : أبقىٰ ـ بباء وقاف ـ وأوفىٰ ، بالواو .

والمعنىٰ : أن القصاص إذا أقيم وتحقق الحكم فيه . . ازدجر من يريد قتل أحد مخافة أن يقتص منه ، وربما كان ذلك سبباً لموت كثير من القبائل ، فلما شرع القصاص . . قنع الجميع به وتركوا الاقتتال ، فلهم في ذلك حياة .

وقال تعالىٰ : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ الآية .

وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد في شرعنا ناسخ له في قول ، وفي قول : هو شرع لنا إذا دل عليه الدليل ، وقد دل .

روى البخاري [٢٧٠٣] عن أنس بن النضر : أن أخته الرُّبَيِّع كسرت ثنية جارية ، فطلبوا الأرش وطلبوا العفو ، فأبوا فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر بالقصاص ، فقال أنس : أتكسر ثنية الرُّبَيِّع يا رسول الله ؟! لا والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال : « يا أنس ؛ كتاب الله القصاص » فرضي القوم وعفوا .

لاَ تُقْطَعُ يَسَارٌ بِيَمِينٍ ، وَلاَ شَفَةٌ عُلْيَا بِسُفْلَىٰ وَلاَ عَكْسُهُ ، وَلاَ أَنْمَلَةٌ بِأُخْرَىٰ ، وَلاَ زَائِدٌ بِزَائِدٍ فِي مَحَلٍّ آخَرَ . . . .

وروىٰ مسلم [١٦٧٥] : (أن الرُّبَيِّع جرحت إنساناً وفيه فقالت أمها : أيقتص من فلانة يا رسول الله ؟! والله لا يقتص منها . . .) وباقيه بنحوه .

وليس في كتاب الله آية فيها القصاص في السن أو الجراحة إلا هـٰذه ، وسيأتي الجواب عنه في كسر السن .

قال : (**لا تقطع يسار بيمين**) من يد ورجل وأذن وعين ومنخر ؛ لاختلاف المحل والمنفعة ، والمقصود من القصاص المساواة ولا مساواة بينهما .

وعلم من تمثيله : أن امتناع العكس من باب أولىٰ .

وقال ابن سيرين : تؤخذ اليمين باليسار .

وقال شريك : إن كان له يمين . . لم يجز العدول إلى اليسار ، فإن لم يكن . . جاز .

قال : (**ولا شفة عليا بسفلىٰ ولا عكسه**) ؛ لما قلنا ، وكذلك الجفن الأعلىٰ بالأسفل ، كما لا تؤخذ عين بأنف ، فلو تراضيا بذلك وفعلاه . . لم يقع قصاصاً ، وفي المقطوعة بدلاً الدية دون القصاص ، والأصح : سقوط القصاص الأول .

قال : (**ولا أنملة بأخرىٰ**) ؛ لأنها جوارح مختلفة المنافع والأماكن .

وعلم من هـٰذا : أنه لا تقطع إصبع بإصبع أخرىٰ كالسبابة والوسطىٰ ، وذكره في « المحرر » ، وإنما حذفه المصنف للعلم به من مسألة الأنملة .

قال : (**ولا زائد بزائد في محل آخر**) كما إذا كانت زائدة المجني عليه تحت الخنصر وزائدة الجاني تحت الإبهام ، بل تؤخذ الحكومة .

وأفهم قوله : (في محل آخر) : أنه يقطع الزائد بالزائد عند اتحاد المحل ، وهو كذلك ، لـٰكن يستثنىٰ : ما لو كانت زائدة الجاني أتم ؛ بأن كان لإصبعه الزائدة مثلاً ثلاثة مفاصل ، ولزائدة المجني عليه مفصلان ؛ فلا قطع بها على المنصوص ؛ لأن هـٰذا أعظم من تفاوت المحل .

وَلاَ يَضُرُّ تَفَاوُتُ كِبَرٍ وَطُولٍ وَقُوَّةِ بَطْشٍ فِي أَصْلِيٍّ ، وَكَذَا زَائِدٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُعْتَبَرُ قَدْرُ ٱلْمُوضِحَةِ طُولاً وَعَرْضاً . . . .

قال : (ولا يضر تفاوت كبر وطول وقوة بطش في أصلي) ؛ لإطلاق قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾ ، فإنه يقتضي عدم النظر إلىٰ ذلك كما اقتضاه بالنفس حتىٰ يؤخذ العالم بالجاهل .

وتقطع يد الصانع بيد الأخرق ، ولا يضر التفاوت في الصغر والكبر ، والطول والقصر ، والقوة والضعف ، والضخامة والنحافة .

وتقطع يد القوي بيد الشيخ الذي ضعف بطشه ، لـٰكن لو كان النقص بجناية ؛ بأن ضرب رجل يده فنقص بطشها وألزمناه الحكومة ثم قطع تلك اليد كامل البطش . . فقد حكى الإمام : أنه لا قصاص ، وأنه لا تجب دية كاملة على الأصح .

وهـٰذا يوافق ما سبق : أن من صار إلىٰ حالة المحتضر بلا جناية لو حز إنسان رقبته . . لزمه القصاص ، ولو انتهىٰ إلىٰ تلك الحالة بجناية . . لا قصاص علىٰ حازه .

قال : (وكذا زائد في الأصح) ، فلا يؤثر أيضاً كالأصلي ، وذلك كالإصبع والسن الزائد .

والثاني : يضر ؛ لأنه ليس لها اسم مخصوص حتىٰ يكتفىٰ بالاتفاق في الاسم ، فينظر إلى القدر وتراعى الصورة ، بخلاف الأصلية ؛ لأن لها اسماً مخصوصاً فيقابل بعضها ببعض ؛ لتكامل المسميات .

فإذا قلنا بهـٰذا الوجه فكانت زائدة الجاني أكثر حكومة . . لم يقتص ، أو أصغر . . فله أن يقتص ويأخذ حكومة النقص .

وخص الإمام الوجهين بما إذا لم يؤثر تفاوت اللحم في الحكومة ، فإن أثر . . اختلفت نسبتهما إلى الجملة ، وذلك يمنع القصاص .

قال : (ويعتبر قدر الموضحة طولاً وعرضاً) ، فلا تقابل ضيقة بواسعة ، ولا يقنع بضيقة عن واسعة .

وتذرع موضحة المشجوج بخشبة أو خيط ، ويحلق ذلك الموضع من رأس الشاج إن كان عليه شعر ، ويخط عليه بسواد أو حمرة ، ويضبط الشاج حتىٰ لا يضطرب ،

وَلاَ يَضُرُّ تَفَاوتُ غِلَظِ لَحْمٍ وَجِلْدٍ . وَلَوْ أَوْضَحَ كُلَّ رَأْسِهِ وَرَأْسُ ٱلشَّاجِّ أَصْغَرُ . . ٱسْتَوْعَبْنَاهُ وَلاَ نُتِمُّهُ مِنَ ٱلْوَجْهِ وَٱلْقَفَا ، بَلْ يَأْخُذُ قِسْطَ ٱلْبَاقِي مِنْ أَرْشِ ٱلْمُوضِحَةِ لَوْ وُزِّعَ عَلَىٰ جَمِيعِهَا . وَإِنْ كَانَ رَأْسُ ٱلشَّاجِّ أَكْبَرَ . . أُخِذَ قَدْرُ رَأْسِ ٱلْمَشْجُوجِ فَقَطْ ، وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ ٱلاخْتِيَارَ فِي مَوْضِعِهِ إِلَى ٱلْجَانِي . . . .

ويوضح بحديدة حادة كالموسىٰ ، ولا يوضح بالسيف وإن كان قد أوضح به ؛ لأنه لا تؤمن الزيادة به ، وكذلك لو أوضح بحجر أو خشب . . يوضح بالحديدة ثم يفعل ما هو أسهل عليه ؛ من الشق دفعة واحدة ، أو الشق شيئاً فشيئاً .

قال : (**ولا يضر تفاوت غلظ لحم وجلد**) ؛ لأن اسم الجراحة معلق بإنهائها إلى العظم ، والتساوي في قدر الغوص قليلاً ما يتفق ، فيقطع النظر عنه كما يقطع عن الصغر والكبر في الأطراف .

قال : (**ولو أوضح كلَّ رأسه ورأسُ الشاج أصغر . . استوعبناه**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ .

قال : (**ولا نتمه من الوجه والقفا**) ؛ لأنه غير محل الجناية .

ولو قال : ولا نتمه من غيره . . كان أحسن ؛ ليتناول غيرهما من الجوانب ، وهـٰكذا الحكم لو أوضح جبهتَه وجبهةُ الجاني أضيق . . لا يرتقي إلى الرأس .

قال : (**بل يأخذ قسط الباقي من أرش الموضحة لو وزع علىٰ جميعها**) ؛ لتعذر القصاص فيه ، فيوجب البدل ، وطريق معرفته بالمساحة ، بخلاف اليد الصغيرة ؛ فإنه يكتفىٰ بها في مقابلة الكبيرة ؛ لأن المرعي فيها اسم اليد ، وفي الموضحة المقدار .

وعند أبي حنيفة : لا يجمع بين أرش وقصاص .

قال : (**وإن كان رأس الشاج أكبر . . أخذ قدر رأس المشجوج فقط**) ؛ لحصول المساواة .

قال : (**والصحيح : أن الاختيار في موضعه إلى الجاني**) ؛ لأن جميع رأسه محل الجناية .

والثاني إلى المجني عليه ، فإن أراد أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس والبعض

وَلَوْ أَوْضَحَ نَاصِيَتَهُ وَنَاصِيَتُهُ أَصْغَرُ. . تُمِّمَ مِنْ بَاقِي ٱلرَّأْسِ . وَلَوْ زَادَ ٱلْمُقْتَصُّ فِي مُوضِحَةٍ عَلَىٰ حَقِّهِ. . لَزِمَهُ قِصَاصُ ٱلزِّيَادَةِ ، فَإِنْ كَانَ خَطَأً أَوْ عَفَا عَلَىٰ مَالٍ. . وَجَبَ أَرْشٌ كَامِلٌ ، . . . .

من مؤخره. . فالصحيح[1] : المنع ؛ لأنه يقابل موضحة بموضحتين .

وقيل : يبتدىء من حيث بدأ الجاني ، ويذهب إلى الجهة التي ذهب إليها إلىٰ أن يتم القدر ، فإن كان في رأس الجاني موضحة والباقي بقدر ما فيه القصاص. . تعين وصار كأنه كل الرأس .

ولو أراد أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره. . لم يكن له ذلك على الصحيح ؛ لأنه يأخذ موضحتين بدل موضحة .

ولو أراد أن يستوفي البعض ويأخذ للباقي قسطه من الأرش مع تمكنه من استيفاء الباقي. . لم يكن له ذلك على الأصح .

قال : (**ولو أوضح ناصيتَه وناصيتُه أصغر. . تُمم من باقي الرأس**) ؛ لأن الرأس كله عضو واحد فلا فرق بين مقدمه ومؤخره ، ويخالف ما سبق في الرأس والوجه ؛ فإنهما عضوان .

وقيل : لا تجوز مجاوزة ذلك الموضع ، بل يستوفي الناصية ويأخذ الأرش لما بقي، وصحح هـٰذا ابن أبي هريرة والماوردي والروياني ، واختاره القاضي حسين وآخرون .

قال : (**ولو زاد المقتص في موضحة علىٰ حقه. . لزمه قصاص الزيادة**) .

إذا زاد المقتص في الموضحة علىٰ قدر حقه. . نظر ؛ فإن كان باضطراب الجاني. . فلا غرم ، وإن زاد عمداً ـ وهي مسألة المصنف ـ : اقتص منه في الزيادة ؛ لتعمده ، ولـٰكن بعد اندمال الموضحة التي في رأسه .

قال : (**فإن كان خطأ**) ؛ يعني : أخطأ باضطراب يده (**أو عفا علىٰ مال. . وجب أرش كامل**) ؛ لأن حكم الزيادة مخالف لحكم الأصل ؛ فالأصل عمد ومستحق ، والزيادة خطأ وغير مستحقة ، وتغاير الحكم ؛ كتعدد الجاني .

---

(١) في (و) و(ص) : (فالأصح) .

وَقِيلَ : قِسْطٌ . وَلَوْ أَوْضَحَهُ جَمْعٌ . . أَوْضَحَ مِنْ كُلٍّ وَاحِدٍ مِثْلَهَا ، وَقِيلَ : قِسْطٌ . . . .

قال : (**وقيل : قِسْطٌ**) أي : قسط ما زاد علىٰ حقه بعد توزيع الأرش عليهما ؛ لاتحاد الجارح والجراحة .

وسكت الأصحاب عما إذا زادت باضطرابهما . . هل يترتب الحكم علىٰ من اضطرب أولاً ، أو يوزع فيهدر الشطر ويلزم المستوفي الشطر؟ فيه نظر[1] .

فإن قيل : عبارته توهم تجويز تفويض الاستيفاء إلى المشجوج ، والصحيح المنصوص كما سيأتي : المنع ، فإما أن يكون هـٰذا فيما إذا بادر أو خالف فاقتص بنفسه ، أو يكون تفريعاً علىٰ وجه التجويز . . فالجواب : أنه تفريع على الصحيح ، ويتصور بصورتين :

إحداهما : أن يرضى الجاني[2] باستيفاء المستحق .

والثانية : أن يوكل المستحق في الاستيفاء فيستوفي زائداً .

ولو زاد وقال : أخطأت . . صدق بيمينه .

قال : (**ولو أوضحه جمع**) ؛ بأن تحاملوا على الآلة وجروها (. . **أوضح من كل واحد مثلها**) أي : مثل جميعها ؛ لأنه ما من جزء إلا وكل واحد منهم جان عليه ، فأشبه ما إذا اشتركوا في قطع عضو .

قال (**وقيل : قِسْط**) ؛ لإمكان التجزئة ، فصار كما لو أتلفوا مالاً ؛ فإنه يوزع عليهم الغرم .

والوجهان احتمالان للإمام جعلهما المصنف وجهين تبعاً لـ« المحرر » .

قال الشيخان : ويجري الاحتمالان فيما إذا آل الأمر إلى المال . . هل يجب علىٰ كل واحد أرش كامل أم يوزع عليهم؟

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .
(٢) في النسخ : (المجني عليه) ، والتصويب من هامش (ص) .

وَلاَ تُقْطَعُ صَحِيحَةٌ بِشَلاَّءَ وَإِنْ رَضِيَ ٱلْجَانِي ، فَلَوْ فَعَلَ . . لَمْ يَقَعْ قِصَاصاً ، بَلْ عَلَيْهِ دِيَتُهَا ، فَلَوْ سَرَىٰ . . فَعَلَيْهِ قِصَاصُ ٱلنَّفْسِ . . . .

قال الإمام : وهـٰذا الثاني أقرب ، وبالأول قطع البغوي[1] .

فرع :

يحلق محل الموضحة عند الاقتصاص إذا كان لكل منهما شعر ، فإن لم يكن للشاج شعر . . فلا حلق ، وإن لم يكن علىٰ رأس المشجوج شعر وكان علىٰ رأس الشاج . . لم يمكن من القصاص ؛ لما فيه من إتلاف شعر لم يتلفه ، نص عليه في « الأم » ، ولا يضر التفاوت في خفة الشعر وكثافته .

قال : (**ولا تقطع صحيحة بشلاء وإن رضي الجاني**) ؛ رعاية للمماثلة ، كما لا يقتل حر بعبد وإن رضي الجاني ، وإنما الواجب في الطرف الأشل الحكومة .

وصورة المسألة : إذا وقف القطع ، فإن سرىٰ إلى النفس . . فالأظهر عند الأكثرين : قطعها بها .

قال الشيخ أبو محمد : المراد بـ(الشلل) في اليد والرجل : زوال الحس والحركة ، وقال الإمام : لا يشترط زوال الحس بالكلية ، وإنما الشلل بطلان العمل .

قال : (**فلو فعل**[2] . . **لم يقع قصاصاً**) ؛ لأنها غير مستحقة له (**بل عليه ديتها ، فلو سرىٰ . . فعليه قصاص النفس**) ؛ لتفويتها بغير حق .

هـٰذا إذا قطع بغير رضا الجاني ، فإن قطع برضاه . . فلا قصاص عند السراية ؛ لأنه قطع بالإذن .

ثم ينظر ؛ فإن كان الجاني قال : اقطع ، وأطلق . . كان القاطع مستوفياً ولا شيء

---

(١) في هامش (ص) : (الذي في « الرافعي » : عن الإمام : الأول ، وعن البغوي : الثاني ، وهو الموجود ، وصوب البُلقيني التقسيط تبعاً لقطع البغوي والماوردي ومقتضىٰ نص « الأم » ؛ فإنه جعله كالنفس ، لـٰكن المصنف تبع « الروضة » ، وقد اعترض الإسنوي عليه في « المهمات ») .

(٢) في هامش (ص) : (أي خالف وقطع الصحيحة) .

وَتُقْطَعُ ٱلشَّلَّاءُ بِٱلصَّحِيحَةِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ ٱلْخِبْرَةِ : لَا يَنْقَطِعُ ٱلدَّمُ ، وَيَقْنَعُ بِهَا مُسْتَوْفِيهَا . وَيُقْطَعُ سَلِيمٌ بِأَعْسَمَ وَأَعْرَجَ ، . . . .

عليه ، وإن قال : اقطعها عوضاً عن يدك أو قصاصاً . . فوجهان : أحدهما ـ وبه قطع البغوي ـ : أن عليه نصف الدية ، وعلى الجاني الحكومة ؛ لأنه لم يبذلها مجاناً .

والثاني : لا شيء على المجني عليه ، وكأن الجاني أدى الجيد عن الرديء وقبضه المستحق .

قال : (**وتقطع الشلاء بالصحيحة**) ؛ لأنها دون حقه .

وقال أبو إسحاق : لا تقطع بها مطلقاً ؛ لأن الشرع لم يرد فيها بالقصاص .

قال : (**إلا أن يقول أهل الخبرة : لا ينقطع الدم**) ؛ فإن أفواه العروق تنفتح ولا تنسد بالحسم ، فلا تقطع بها وإن رضي الجاني ؛ لما فيه من استيفاء النفس بالطرف ، بل للمجني عليه دية يده .

فإن قالوا : ينقطع . . فله قطعها ، ويقع قصاصاً ، كقتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر ؛ لفضيلة الإسلام والحرية .

وأما الشلاء بالشلاء . . فالمشهور : أنهما إن استويا في الشلل أو كان الشلل في يد القاطع أكثر . . فيقطع بها .

والشرط : أن لا يخاف نزف الدم ، وإن كان الشلل في يد المقطوع أكثر . . فلا قطع بها .

وقول المصنف : (أهل الخبرة) يقتضي : اشتراط جماعةٍ ، ولا شك في الاكتفاء بعدلين كالمرض المخوف .

قال : (**ويقنعُ بها مستوفيها**) ، فليس له أن يطلب بسبب الشلل شيئاً ؛ لأنهما استويا في الجرم ، وإنما اختلفا في الصفة وهي لا تقابل بمال .

قال : (**ويقطع سليم بأعسم وأعرج**) ؛ لأنه لا خلل في اليد والرجل .

و(الأعسم) بعين وسين مهملتين ، مأخوذ من العَسَم بالفتح ، وهو : يبس المَفصِل حتىٰ يعرج ، أو قصر في الساعد ، تقول منه : رجل أعسم ، وامرأة عسماء .

وَلاَ أَثَرَ لِخُضْرَةِ ٱلأَظْفَارِ وَسَوَادِهَا ، وَٱلصَّحِيحُ : قَطْعُ ذَاهِبَةِ ٱلأَظْفَارِ بِسَلِيمَتِهَا دُونَ عَكْسِهِ . وَٱلذَّكَرُ صِحَّةً وَشَلَلاً كَٱلْيَدِ ، . . . .

وعن الشيخ أبي حامد : الأعسم : الذي يكون بطشه بيساره أكثر ، وهو الأعسر في العرف ، وفي عبارة « الأم » ما يشهد له .

قال : (**ولا أثر لخضرة الأظفار وسوادها**) ؛ لأنه علة ومرض في الظفر ، والظفر السليم يستوفىٰ بالعليل .

قال : (**والصحيح : قطع ذاهبة الأظفار بسليمتها دون عكسه**) ، أما الأولىٰ . . فلأنها بعض حقه ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، وأما عكسه . . فلأنها نقصان خلقة ولا يؤخذ الكامل بالناقص .

قال : (**والذكر صحة وشللاً كاليد**) أي : الصحيحة والشلاء ؛ إذ لا فارق بينهما .

و(صحة وشللاً) منصوبان على الحال من الذكر ، لـٰكن مجيء الحال من المبتدأ خلاف مذهب سيبويه[1] ، ويمكن أن يكون حالاً من الجار والمجرور بعده ، أي : كاليد صحة وشللاً .

ويجب في قطع الذكر وفي قطع الأنثيين وفي إشلالهما القصاصُ ، سواء قطع الذكر والأنثيين معاً أو قدم الذكر أو الأنثيين .

ولو دق خصيتيه . . ففي « التهذيب » : أنه يقتص بمثله إن أمكن ، وإلا . . وجبت الدية ، ويشبه أن يكون الدق ككسر العظام .

ولو قطع أشل إحدىٰ أنثييه وقال أهل الخبرة : يمكن القصاص من غير إتلاف الأخرى . . اقتص .

وحكى القاضي أبو الطيب عن الماسرجسي أنه قال : رأيت رجلاً من فراوة[2] له

---

(١) فيما قاله نظر ؛ فإن ما ذكره من مجيء الحال من المبتدأ هو مذهب سيبويه ومن تابعه ، خلافاً للجمهور . انظر « حاشية الصبان » علىٰ « شرح الأشموني » (٢/ ١٢٤) و« جامع الدروس العربية » (٣/ ٧٥) .

(٢) في (ت) : (فزارة) .

وَٱلأَشَلُّ : مُنْقَبِضٌ لاَ يَنْبَسِطُ أَوْ عَكْسُهُ ، وَلاَ أَثَرَ لِلاِنْتِشَارِ وَعَدَمِهِ ، فَيُقْطَعُ فَحْلٌ بِخَصِيٍّ وَعِنِّينٍ ، وَأَنْفٌ صَحِيحٌ بِأَخْشَمَ ، وَأُذُنٌ سَمِيعٍ بِأَصَمَّ ، . . . .

خصية ، فسئل عن ذلك ، فقال : كانت بي حكة ، فقعدت في الشمس أحك خصيتي إلىٰ أن انشقت وسقطت وبقيت الأخرىٰ .

قال : (**والأشل : منقبضٌ لا ينبسط أو عكسه**) ، المراد : أنه يلزم حالة واحدة ولا يتحرك أصلاً ، وهـٰذه العبارة المتداولة ، ويقال : الذي لا يتقلص في البرد ولا يسترسل في الحر ، وهو بمعنى العبارة الأولىٰ .

قال : (**ولا أثر للانتشار وعدمه ، فيقطع فحل بخصي وعنين**) ؛ إذ لا خلل في نفس العضو ؛ لأن عدم الانتشار من ضعف القلب[1] أو الدماغ .

وعند الأئمة الثلاثة : لا يقطع ذكر الفحل بذكر الخصي والعنين ، ولا فرق بين الأقلف والمختون .

و(الخصي) : من قطعت أنثياه مع جلدتهما ، وقيل : من سلت أنثياه .

قال : (**وأنف صحيح بأخشم**) ؛ لأن الشم ليس في جرم الأنف .

و(الأخشم) : الذي لا يشم شيئاً .

قال في « الصحاح » : ورجل أخشم من الخشم ، وهو داء يعتري الأنف .

و(الخيشوم) : أقصى الأنف .

قال : (**وأذن سميع بأصم**) وبالعكس ؛ لأن السمع لا يحل جرم الأذن ، وإنما الأذن طريق للسمع وآلته .

وعن مالك : لا تقطع أذن السميع بالأصم ، والأظهر : أن الصحيحة تقطع بالمستحشفة ؛ لبقاء الجمال والمنفعة .

ولا فرق بين المثقوبة وغيرها إذا لم يورث الثقب شيئاً أو نقصاناً على المذهب ، كما في أذن المرأة ، وإن أورث ذلك . . فهي كالمخرومة التي قطع بعضها لا تستوفىٰ بها أذن كاملة .

---

(١) في هامش (ت) : (كذا قاله الرافعي ، ولعله الصلب كما قاله القاضي أبو الطيب) .

لاَ عَيْنٌ صَحِيحَةٌ بِحَدَقَةٍ عَمْيَاءَ ، وَلاَ لِسَانُ نَاطِقٍ بِأَخْرَسَ . . . .

وعبارة المصنف تشمل ما لو ردها في حرارة الدم فالتصقت ، وهو كذلك لا يسقط قصاصها ولا الدية عن الجاني ؛ لأن الحكم متعلق بالإبانة وقد وجدت ، ثم ذكر الشافعي والأصحاب : أنه لا بد من قطع الملتصق ؛ لتصح صلاته .

وسببه : الحكم بنجاسة الأذن إن قلنا : ما أبين من الآدمي نجس ، وإلا . . فسببه : الدم الذي ظهر في محل القطع ، وقد ثبت له حكم النجاسة ، فلا يزول بالاستبطان .

ويأتي فيه ما سبق في (كتاب الصلاة) في الوصل بعظم نجس ، والتفصيل بين أن يثبت اللحم علىٰ موضع النجاسة أو لا يثبت ، وبين أن يخاف التلف من القطع أو لا يخاف .

ولو قطعها قاطع . . لا قصاص عليه ؛ لأنها مستحقة الإزالة .

قال : (**لا عين صحيحة بحدقة عمياء**) ؛ لأنها أكثر من حقه ولو كان بياضها وسوادها باقيين ؛ لأن البصر والنطق في العين واللسان بخلاف السمع والشم ، وتؤخذ العين القائمة بالصحيحة إذا رضي بها المجني عليه ؛ لأنها دون حقه .

ويقطع جفن البصير بجفن الأعمىٰ ؛ لتساوي العضوين في الجِرم والصحة .

قال : (**ولا لسان ناطق بأخرس**) ؛ لما تقدم ، ولأن اللسان العاطل كاليد الشلاء .

ويقطع لسان الأخرس بلسان الناطق إذا رضي به المجني عليه .

قال الرافعي : ويقطع لسان المتكلم بلسان الرضيع إن ظهر فيه أثر النطق بالتحريك عند البكاء وغيره ؛ لأن المراد بـ(الناطق) : من له قوة النطق ، فإن بلغ أوان التكلم ولم يتكلم . . لم يقطع به لسان المتكلم .

ويشكل عليه : أنه صحح في (كتاب الديات)[1] : أن هـٰذا اللسان تجب فيه الدية ، وقال : إنه الذي يوجد في كتب الأصحاب ، وعلله بأن الظاهر السلامة ،

---

(١) في غير (ت) : (كتاب التدبير) .

وَفِي قَلْعِ ٱلسِّنِّ قِصَاصٌ ، لاَ فِي كَسْرِهَا ، وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَبِيٍّ لَمْ يُثْغَرْ . . فَلاَ ضَمَانَ فِي ٱلْحَالِ ، فَإِنْ جَاءَ وَقْتُ نَبَاتِهَا ؛ بِأَنْ سَقَطَتِ ٱلْبَوَاقِي وَعُدْنَ دُونَهَا ، وَقَالَ أَهْلُ ٱلْبَصَرِ : فَسَدَ ٱلْمَنْبِتُ . . وَجَبَ ٱلْقِصَاصُ ، . . . .

والذي وقع له هنا تبع فيه الإمام والغزالي .

قال : (**وفي قلع السن قصاص**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾ ، فتقلع العليا بالعليا والسفلىٰ بالسفلىٰ .

قال : (**لا في كسرها**) ؛ لما تقدم في كسر العظام .

وفي قول ـ نص عليه في « الأم » وقطع به في « المهذب » و« الحاوي » ـ : يراجع أهل الخبرة ؛ فإن قالوا : تمكن فيه المساواة . . اقتص ، واحتج له الماوردي بحديث الرُّبَيِّع المتقدم ؛ فإنها كسرت سن جارية من الأنصار فقال صلى الله عليه وسلم : « كتاب الله القصاص » ، لـٰكن حمله الشيخ أبو حامد على القلع من أصلها ، وهو خلاف الظاهر ، ولا تنافيه رواية مسلم : أنها جرحت إنساناً ؛ فإنهما قضيتان .

ولا تؤخذ السن الصحيحة بالمكسورة ، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة مع قسط الذاهب من الأرش ، وتؤخذ الزائدة بالزائدة بالشرط الذي سبق .

ولو قلع سن رجل وليس للجاني تلك السن . . لا قصاص ، بل الواجب الدية .

قال : (**ولو قلع سن صبي لم يُثْغَر**) هو بمثناة تحت مضمومة ثم مثلثة ساكنة ثم غين معجمة مفتوحة ، أي : لم تسقط أسنانه التي هي رواضعه ، مشتق من (الثغر) : الذي هو مقدم الأسنان .

قال : (. . **فلا ضمان في الحال**) ؛ لأنها تعود غالباً ، فأشبهت الشعر ، وكذلك لا دية ؛ لأنها لا يتحقق إتلافها ، لـٰكن عليه الحكومة إن نبتت سوداء أو معوجة أو خارجة عن سمت الأسنان أو بقي شين آخر بعد النبات ، وإن نبتت أقصر ما كانت . . وجب تقدير النقصان من الأرش .

قال : (**فإن جاء وقت نباتها ؛ بأن سقطت البواقي وعدن دونها ، وقال أهل البصر : فسد المنبت . . وجب القصاص**) ؛ لأنه قد قلع السن الحاصلة في الحال وأفسد المنبت ، فيقابل بمثله ، فإن قال أهل الخبرة : يتوقع نباتها إلىٰ وقت كذا . .

وَلاَ يُسْتَوْفَىٰ لَهُ فِي صِغَرِهِ . وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ مَثْغُورٍ فَنَبَتَتْ . . لَمْ يَسْقُطِ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

توقعناه ، فإن مضت ولم تنبت . . وجب القصاص .

وملخص ما في المسألة طريقان :

إحداهما ـ طريقة الجمهور ـ : القطع بالوجوب .

والثانية : علىٰ قولين : ثانيهما : لا يجب ؛ لأن سن الصبي فضلة في الأصل ، نازلة منزلة الشعر الذي ينبت مرة بعد أخرىٰ .

قال : (**ولا يستوفىٰ له في صغره**) ، بل ينتظر بلوغه ؛ فإن مات قبل البلوغ . . اقتص وارثه أو أخذ الأرش .

وسكت المصنف عما إذا نبتت لوضوحه ؛ فإنه لا قصاص ولا دية ، سواء كان ذلك في وقته أم بعد مدة طويلة .

والتقييد بـ(الصغر) جري على الغالب ؛ فإن قلع سن البالغ إذا لم يكن قد بدل في صغره حكمه كذلك .

فإن قيل : قوله : (لا يستوفىٰ له في صغره) غير محتاج إليه ؛ لأنه سيأتي في قوله : (وينتظر غائبهم وكمال صبيهم) . . فالجواب : أن ذاك في الوارث وهـٰذا في المستحق نفسه ، وذاك في النفس وهـٰذا فيما دونها ، فذكره لرفع توهم المغايرة .

ولو مات قبل اليأس ، وقبل تبين الحال . . فلا قصاص ، وفي الأرش وجهان[1] .

قال : (**ولو قلع سن مثغور فنبتت . . لم يسقط القصاص في الأظهر**) ؛ لأنه لم تجر العادة بنبات سن المثغور ، والذي اتفقَ نعمةٌ جديدة من الله تعالىٰ ، فلا يسقط به حقه عن الجاني .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة وأحمد ـ : يسقط كالصغير إذا عاد سنه ؛ لأن ما عاد قام مقام الأول ، فكأنه لم يفت وصار كما لو عاد سن غير المثغور ، وعلى القولين لا ينتظر العود ، بل للمجني عليه أن يقتص ويأخذ الدية في الحال ؛ لأن انتظار ذلك مستبعد .

---

(١) في (ت) : (قولان) .

وَإِنْ نَقَصَتْ يَدُهُ إِصْبَعاً فَقَطَعَ كَامِلَةً . . قُطِعَ وَعَلَيْهِ أَرْشُ إِصْبَعٍ ، وَلَوْ قَطَعَ كَامِلٌ نَاقِصَةً : فَإِنْ شَاءَ ٱلْمَقْطُوعُ . . أَخَذَ دِيَةَ أَصَابِعِهِ ٱلأَرْبَعِ ، وَإِنْ شَاءَ . . لَقَطَهَا ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ حُكُومَةَ مَنَابِتِهِنَّ تَجِبُ إِنْ لَقَطَ لاَ إِنْ أَخَذَ دِيَتَهُنَّ ، وَأَنَّهُ تَجِبُ فِي ٱلْحَالَيْنِ حُكُومَةُ خُمُسِ ٱلْكَفِّ . . . .

قال : (**وإن نقصت يده إصبعاً فقطع**) يداً (**كاملة . . قطع وعليه أرش إصبع**) ؛ **لأن الجاني قد قطع منه إصبعاً لم يستوف قصاصها** فيكون له أرشها ، واستدل له الرافعي بقوله صلى الله عليه وسلم : « في كل إصبع عشر من الإبل » رواه أحمد [٢/ ١٨٢] وأبو داوود [٤٥٥٣] والنسائي [٨/ ٥٥] من حديث أبي موسىٰ .

وقال أبو حنيفة : لا أرش له مع قطع اليد .

قال : (**ولو قطع كامل ناقصة : فإن شاء المقطوع . . أخذ دية أصابعه الأربع ، وإن شاء . . لقطها**) ، هـٰذه الصورة عكس التي تقدمت ؛ فليس للمجني عليه هنا قطع اليد الكاملة من الكوع ؛ لما فيه من الزيادة ، لـٰكنه يلقط الأصابع الأربع إن شاء ، وإن شاء . . أخذ ديتها .

وعند أبي حنيفة : ليس له لقط الأصابع ، ولا يعدل عن محل القطع إلىٰ غيره .

قال : (**والأصح : أن حكومة منابتهن تجب إن لقط**) ؛ لأن الحكومة من جنس الدية فلا يبعد دخولها فيها ، والقصاص ليس من جنسها .

والثاني : لا تجب وتدخل تحت قصاص الأصابع كما تدخل تحت ديتها ؛ فإنه أحد موجبي الجناية .

قال : (**لا إن أخذ ديتهن**) كما أن حكومة جميع الكف تندرج تحت دية الأصابع ؛ فإن الواجب في لقطها خمسون من الإبل ، وفي القطع من الكوع لا يجب إلا ذلك .

وإذا اندرجت حكومة الكف تحت ديات الأصابع . . اندرج بعضها تحت البعض ؛ لأن البعض من البعض كالكل من الكل .

وحكى الإمام وغيره وجهاً : أنه لا يندرج ، وتختص قوة الاستتباع بالكل .

قال : (**وأنه تجب في الحالين حكومة خُمُس الكف**) ، المراد : حكومة الخمس

وَلَوْ قَطَعَ كَفّاً بِلاَ أَصَابِعَ . . فَلاَ قِصَاصَ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ كَفُّهُ مِثْلَهَا ، وَلَوْ قَطَعَ فَاقِدُ ٱلأَصَابِعِ كَامِلَهَا . . قَطَعَ كَفَّهُ وَأَخَذَ دِيَةَ ٱلأَصَابِعِ . وَلَوْ شَلَّتْ إِصْبَعَاهُ فَقَطَعَ يَداً كَامِلَةً : فَإِنْ شَاءَ . . لَقَطَ ٱلثَّلاَثَ ٱلسَّلِيمَةَ وَأَخَذَ دِيَةَ إِصْبَعَيْنِ ، وَإِنْ شَاءَ . . قَطَعَ يَدَهُ وَقَنِعَ بِهَا . . . .

الباقي من الكف ؛ لأنه لم يستوف في مقابلته شيئاً يتخيل اندراجه فيه .

والمراد بـ(الحالين) : حالة القصاص ، وحالة أخذ الدية .

والثاني : أن كل إصبع تستتبع الكف كما يستتبعها كل الأصابع .

قال : (**ولو قطع كفاً بلا أصابع . . فلا قصاص**) ؛ لأنه لا يمكن إلا بأخذ الزائد .

قال : (**إلا أن تكون كفه مثلها**) فيقتص للمساواة ، كذا أطلقه الشيخان ، وظاهره : أن وجود الأصابع مانع من الوجوب .

وينبغي أن يكون مانعاً من الاستيفاء لا الوجوب ، حتىٰ لو سقطت الأصابع بآفة أو جناية . . حصلت القدرة على القصاص في الكف فيقتص ، كما صرحوا به فيما إذا قطع سليم اليد الأنملة الوسطىٰ ممن هو فاقد الأنملة العليا ، وسيأتي في التتمة بعد سبعة أسطر .

قال : (**ولو قطع فاقد الأصابع كاملها . . قطع كفه وأخذ دية الأصابع**) لأنه لم يستوف شيئاً في مقابلتها ، وهـٰذه المسألة مكررة مع قوله أولاً : (ولو نقصت يده إصبعاً فقطع كاملة . . قطع وعليه أرش إصبع) .

قال : (**ولو شلت إصبعاه فقطع يداً كاملة : فإن شاء . . لقط الثلاث السليمة وأخذ دية إصبعين ، وإن شاء . . قطع يده وقنع بها**) ؛ لأنه لو عم الشلل جميع اليد وقطع قنع بها .

فإذا كان الشلل في بعضها . . فهو أولىٰ ، وفي استتباع الثلاث حكومة منابتها ، واستتباع دية الإصبعين حكومة منبتهما الخلاف المتقدم .

تتمة :

سليم اليد قطع الأنملة الوسطىٰ من فاقد العليا . . فلا سبيل إلى الاقتصاص مع بقاء العليا .

فَصْلٌ :

قَدَّ مَلْفُوفاً وَزَعَمَ مَوْتَهُ . . صُدِّقَ ٱلْوَلِيُّ بِيَمِينِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

فإن سقطت بآفة أو جناية . . ففي القصاص الآن ثلاث طرق : أصحها وأشهرها : القطع بأن له ذلك .

وقال أبو حنيفة : لا قصاص في الوسطىٰ ؛ لتعذر الاستيفاء حال الجناية .

لنا : أن الامتناع كان لاتصال محل الجناية بغيره ، فإذا زال الاتصال . . استوفي القصاص ، كالحامل إذا وضعت .

وهل له طلب أرش الأنملة للحيلولة إلىٰ أن تزول العليا؟ فيه وجهان : أصحهما : ليس له ذلك .

وشبه الوجهان بالوجهين في أن من أتلف مثلياً وغرم القيمة لإعواز المثل ثم وجد المثل . . هل يردها ويطالب به؟

وكالوجهين في أن من أخذ أرش العيب القديم لامتناع الرد بالعيب الحادث ثم زال العيب . . هل له أن يرد المبيع والأرش ويسترد الثمن؟

وكالوجهين فيما إذا أتلف طعاماً لغيره فلقيه ببلد آخر فأخذ منه قيمته للحيلولة ثم اجتمعا ببلد الإتلاف . . هل له ردها وأخذ المثل؟

وبناهما الغزالي على الخلاف فيما إذا ثبت القصاص لصبي أو مجنون . . هل لوليهما طلب المال في الحال؟

وقيده المتولي وغيره بالفقير ، وهو كما ذكراه في (كتاب اللقيط) .

قال : (**فصل**) عقده للاختلاف الواقع بين ولي الدم والجاني .

قال : (**قَدَّ ملفوفاً وزعم موته . . صُدِّق الولي بيمينه في الأظهر**) ؛ لأن الأصل استمرار الحياة ؛ لأنه كان مضموناً ، والأصل استمرار تلك الحياة ، فأشبه ما إذا قتل من عهده مسلماً وادعىٰ ردته .

والثاني : المصدق الجاني ؛ لأن الأصل براءة ذمته عن القصاص ، وصححه الشيخ

. . . .

أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب والمحاملي والروياني وصاحب « المعتمد » والشيخ في « التنبيه » ، وأقره عليه في « التصحيح » ، وقال الماوردي : نص عليه الشافعي في أكثر كتبه .

والمشهور : طرد القولين مطلقاً ، وفرق أبو الحسن الطِّيبي ـ بكسر الطاء وبالباء الموحدة[1] ـ بين أن يكون ملفوفاً في ثياب الأحياء أو ما هو علىٰ صورة الكفن .

قال الإمام : وهٰذا لا أصل له ، وقواه في « المطلب » ، وقال الجاجرمي : إنه متجه .

وقال أبو إسحاق : ينظر إلى الدم السائل ؛ فإن قال أهل الخبرة : إنه دم حي . . صدق الولي ، وإن قالوا : دم ميت . . صدق الجاني ، وإن اشتبه . . ففيه القولان .

وتصوير المسألة بالملفوف يشعر بأنه لو لم يكن ملفوفاً بل كان لابساً كالحي . . أن المصدَّق الولي قطعاً ، والظاهر : أنه لا فرق .

ثم إذا صدقنا الولي بلا بينة . . فالواجب الدية دون القصاص ، كما نقله في زوائد « الروضة » عن البغوي والمحاملي وأقرهما ؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة .

وظاهر قوله : (بيمينه) : أن الولي يحلف يميناً واحدة ، وبه صرح ابن الصباغ ، وليس كذلك ، بل لا بد من خمسين يميناً .

ولو أقام الولي بينة بحياته . . عمل بها ، سواء قلنا : هو المصدق أو الجاني ؛ لأن الشخص تارة يصدق بالبينة وتارة باليمين ، كالمودع في دعوى الرد ، وللشهود أن يشهدوا بالحياة إذا كانوا رأوه يتلفف في الثوب وإن لم يتيقنوا حياته حالة القد ؛ استصحاباً لما كان .

وإذا قتله ثم ادعىٰ : رقَّه ، وقريبُه : حريَّتَه . . نص : أنه يصدق القريب ، ونص في مثلها من القذف : أنه يصدق القاذف ، فقيل : بتقريرهما .

والأصح : أنهما علىٰ قولين : أظهرهما : تصديق القريب .

---

(١) في هامش (ص) : (بخط المصنف : الطيبي : نسبة إلىٰ بلد يقال لها : الطيب) .

وَلَوْ قَطَعَ طَرَفاً وَزَعَمَ نَقْصَهُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : تَصْدِيقُهُ إِنْ أَنْكَرَ أَصْلَ ٱلسَّلاَمَةِ فِي عُضْوٍ ظَاهِرٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

قال : (**ولو قطع طرفاً وزعم نقصه . . فالمذهب : تصديقه إن أنكر أصل السلامة في عضو ظاهر ، وإلا . . فلا**)[1] ، في المسألة نصوص وطرق مختصرها أربعة أقوال :

أحدها : يصدق المجني عليه ، وبه قال أبو حنيفة .

والثاني : الجاني ، وبه قال أحمد .

والثالث : يصدق المجني عليه إن ادعى السلامة من الأصل ، فإن ادعىٰ زوال النقص بعد وجوده . . صدق الجاني .

والرابع ـ وهو المذهب ـ : إن كان العضو ظاهراً كاليد والرجل واللسان والأنف والأذنين والعينين . . فالمصدق الجاني إن أنكر أصل السلامة ؛ لأن الأصل : أنه لا قصاص والمجني عليه متمكن من إقامته البينة على السلامة التي يدعيها لظهور العضو ، وإن اتفقا علىٰ : أنه كان سليماً ، وادعى الجاني : حدوث النقصان . . فقولان :

أحدهما : أن الجواب كذلك ؛ لأن الأصل البراءة عن القصاص .

وأظهرهما : تصديق المجني عليه ؛ لأن الأصل استمرار السلامة .

وإن كان العضو باطناً كالذكر والأنثيين . . فقولان :

أصحهما : تصديق المجني عليه ؛ لعسر إقامة البينة علىٰ سلامة الأعضاء الباطنة لعدم الاطلاع .

والثاني : طرد القولين في الأعضاء الظاهرة والباطنة .

والمراد بالعضو الباطن : ما يعتاد ستره مروءة ، وقيل : ما يجب ، وهو العورة ، والظاهر : ما سواه[2] .

---

(١) في هامش (د) : (ومعلوم أن محل التصديق باليمين وأن لا قصاص) .

(٢) في هامش (ص) : (وهو الظاهر) .

أَوْ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ وَزَعَمَ سِرَايَةً ، وَٱلْوَلِيُّ ٱنْدِمَالاً مُمْكِناً أَوْ سَبَباً . . فَٱلأَصَحُّ : تَصْدِيقُ ٱلْوَلِيِّ ، . . . .

وإذا صدقنا الجاني . . احتاج المجني عليه إلىٰ بينة بالسلامة[1] ، ثم الأصح : أنه يكفي قول الشهود : كان صحيحاً ، ولا يشترط تعرضهم لوقت الجناية .

وقيل : إن شهدوا بالسلامة عند الجناية . . كفىٰ ولا يحتاج معها إلىٰ يمين ، فإن شهدوا : أنه كان سليماً . . احتاج معها إلى اليمين ؛ لجواز حدوث النقص .

قال : (**أو يديه ورجليه فمات وزعم سراية ، والوليُّ اندمالاً ممكناً أو سبباً . . فالأصح : تصديق الولي**) أي : بيمينه .

هـٰذا مخرج أيضاً علىٰ تقابل الأصلين : براءة الذمة من جانب وعدم التداخل من جانب .

والثاني : إن مضت مدة طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة . . صدق الولي بلا يمين ، وإلا . . فبيمين .

والثالث : إن كان احتمال الاندمال مع إمكانه بعيداً . . صدق الجاني بيمينه ، وإلا . . فالولي ، وادعى الإمام : اتفاق الأصحاب عليه ، ونوزع في ذلك .

أما إذا لم يمكن الاندمال ؛ لقصر الزمان كيوم أو يومين . . فإن القول قول الجاني في تلك الحالة بلا يمين .

وقيل : بيمين ؛ لاحتمال الموت بسُمٍّ مذفِّف أو حية ، وهو ضعيف .

وقال الرافعي : يشبه أن يقال : ليس لمدة الاندمال ضبط ؛ فقد تبقى الجراحة سنين كثيرة والشخص مألوم بسببها إلىٰ أن يموت منها ، فينبغي أن يكون التصديق عند الاندمال بيمين ، وهـٰذا الذي في « التهذيب » وغيره .

وأما السبب . . فكما إذا قال الولي : أكل سماً فمات ، أو قتل نفسه ، ونحو ذلك ، وقال الجاني : مات بالسراية .

ووجه تصديق الجاني : احتمال ما يقوله ، وأن الأصل براءة الذمة .

---

(١) في هامش (ص) : (وبه يشعر تمثيل « المحرر » وغيره) .

وَكَذَا لَوْ قَطَعَ يَدَهُ وَزَعَمَ سَبَباً وَٱلْوَلِيُّ سِرَايَةً . وَلَوْ أَوْضَحَ مُوْضِحَتَيْنِ وَرَفَعَ ٱلْحَاجِزَ وَزَعَمَهُ قَبْلَ ٱنْدِمَالِهِ . . صُدِّقَ إِنْ أَمْكَنَ ، وَإِلاَّ . . حُلِّفَ ٱلْجَرِيحُ وَثَبَتَ أَرْشَانِ ، قِيلَ : وَثَالِثٌ . . . .

ووجه الأصح : أن الأصل بقاء الديتين الواجبتين ، والأصل : عدم السبب الآخر ، وهـٰذه الحالة فيها وجهان فقط ، والحالة المتقدمة ثلاثة أوجه كما تقدم .

قال : (**وكذا لو قطع يده**) أي : ومات (**وزعم سبباً والولي سراية**) ؛ لأن الأصل : أنه لم يوجد سبب آخر .

والثاني : يصدق الجاني ؛ لأن الأصل براءة الذمة ولم يثبت ما يوجب تمام الدية .

ولو قال الجاني : مات بعد الاندمال فعلي نصف الدية ، وقال الولي : مات بالسراية ، والزمن محتمل للاندمال . . فالأصح : تصديق الجاني .

قال : (**ولو أوضح موضحتين ورفع الحاجز وزعمه قبل اندماله . . صُدق إن أمكن**) ؛ وذلك بأن يقصر الزمان ؛ لأن الظاهر معه .

قال : (**وإلا**) أي : وإن طال الزمان (. . **حلف الجريح وثبت أرشان**) للأولىٰ والثانية .

قال : (**قيل : وثالث**) ؛ لأنه ثبت رفع الحاجز باعترافه وثبت الاندمال بيمين المجني عليه فحصلت موضحة ثالثة .

والأصح : المنع وتصديق الجاني ؛ لأنه يقول : رفعت الحاجز حتىٰ لا يلزمني أرش بل يعود الأولان إلىٰ واحدة ، فإن لم يقبل قوله في الاتحاد . . وجب أن لا يقبل في الثالث الذي لم يثبت موجبه .

تتمة :

ذكر في السبب الرابع في اختلاف الحكم من « الروضة » : أنه لو أوضحه موضحتين عمداً ورفع الحاجز بينهما خطأ ، وقلنا بالصحيح : إنه لو رفعه عمداً تداخل الأرشان . . فهل يلزمه أرش ثالث أو أرش واحد؟ وجهان . قلت : أصحهما : أرش فقط . اهـ

فَصْلٌ :

ٱلصَّحِيحُ : ثُبُوتُهُ لِكُلِّ وَارِثٍ ، . . . .

واعترض عليه في ذلك بأن الرافعي قال : فيه وجهان ؛ لاختلاف الحكم ، فإن جعلناه مؤثراً . . فعليه أرش ثالث ، وإلا . . لم يلزمه إلا أرش واحد .

والصحيح : التأثير ، فتلزمه ثلاثة أروش ، وهـٰذا هو الصواب .

قال : (**فصل** :

الصحيح ثبوته لكل وارث) أي : علىٰ فرائض الله تعالىٰ ، فتشترك فيه العصبات وأصحاب الفروض ، المكلف منهم وغير المكلف ، ومن يرث بالسبب كالزوجين والمعتق ومن يرث بالنسب ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ثم أنتم يا معشر خزاعة قد قتلتم هـٰذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلاً . . فأهله بين خيرتين . . إن أحبوا . . قتلوا ، وإن أحبوا . . أخذوا الدية » رواه أبو داوود [٤٤٩٧] والترمذي [١٤٠٦] والدارقطني [٣/٩٦] عن أبي شريح الخزاعي .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٤٣٤ـ م ١٣٥٥] : « من قتل له قتيل . . فهو بخير النظرين » .

فخيَّر الورثة بين الدية والقتل ، والدية تثبت للجميع بالاتفاق . . فكذلك القصاص .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٩١٩] : (أن عمر كان يقول : لا ترث المرأة من دية زوجها حتىٰ قال له الضحاك بن سفيان : كتب إليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنْ أورِّث زوجة أشيم الضبابي من دية زوجها) .

ووقع في « المهذب » هنا : أن القائل لعمر الضحاكُ بن قيس ، وهو وهم ، ثم ذكره في (الأقضية) على الصواب .

ويقابل الأصح وجهان :

أحدهما : تستحقه العصبة الذكور خاصة ؛ لأنه لدفع العار فاختص بهم كولاية النكاح ، وبه قال مالك .

والثاني : يستحقه من يرث بنسب دون سبب ، فلا يثبت للزوج والمعتق ؛ لأن النكاح والملك يزولان بالموت فيقدم المعنى الذي لأجله شرع القصاص .

هٰذا إذا كان له وارث خاص ، فإن لم يكن . . فهل للسلطان أن يقتص من قاتله أو يتعين أخذ الدية؟ فيه قولان : أصحهما : أن له أن يقتص من القاتل وله أن يعفو عن الدية علىٰ ما يراه مصلحة ؛ لما روى البيهقي [٨/٦١] : (أن أبا لؤلؤة لما طعن عمر . . وثب عبيد الله بن عمر على الهرمزان فقتله ، فقيل لعمر : إن عبيد الله ابنك قتل الهرمزان ، قال : ولم قتله؟ قالوا : قال : إنه قتل أبي ، قيل له : وكيف ذلك؟ قال : رأيته قبل ذلك مستخلياً بأبي لؤلؤة ، وهو الذي أمره بقتله ، قال عمر : ما أدري ما هٰذا؟ انظروا إذا أنا مت ؛ فاسألوا عبيد الله البينة على الهرمزان : أهو قتلني؟ فإن أقام البينة . . فدمه بدمي ، وإن لم يقم البينة . . فأقيدوا عبيد الله من الهرمزان .

فلما ولي عثمان . . قيل له : ألا تُمضي وصية عمر رضي الله عنه في عبيد الله؟ قال : ومن ولي الهرمزان؟ قالوا : أنت يا أمير المؤمنين ، قال : قد عفوت عن عبيد الله بن عمر) .

ولو كان الوارث لا يستوعب القصاص كبنت أو جدة أو أخ لأم ، فإن قلنا : للسلطان الاستيفاء إذا لم يكن وارث . . استوفاه مع صاحب الفرض ، وإلا . . فالرجوع إلى الدية .

قال : (**ويُنتَظر غائبهم وكمال صبيهم ومجنونهم**) ؛ لأن القصاص للتشفي فحقه التفويض إلىٰ خيرة المستحق ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي .

وقال أبو حنيفة ومالك : لا ينتظر بلوغ الصبي ولا إفاقة المجنون ؛ لأن الحسن بن علي قتل ابن ملجم بأبيه[1] وكان لعلي أولاد صغار ، وقيس عليه المجنون .

وأجاب أصحابنا بأنه قتله حداً لكفره لا قصاصاً ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر عنه : أنه أشقى الآخرين[2] ، ولهٰذا حكىٰ في « المهذب » في (باب البغاة)

(١) في النسخ : (لأبيه) ، والتصويب من هامش (م) .
(٢) أخرجه الطبراني في « الكبير » (٨/٣٨) ، وأبو يعلىٰ في « المسند » (٤٨٥) .

وجهين في أن قاتل الإمام يقتل قصاصاً أو حداً حتىٰ يتحتم قتله كقاطع الطريق ؛ لأن قتل الإمام من الإفساد في الأرض .

وعن أحمد في ذلك روايتان .

ولا فرق في ذلك بين قصاص النفس والطرف ، وقد سبق من المصنف التنصيص علىٰ ذلك .

وعند أبي حنيفة : للولي استيفاء القصاص ، وللوصي استيفاء قصاص الطرف ، وسلَّم أن القيم لا يستوفي واحداً منهما ، وتقدم في تتمة الباب قبله : أن الصبي أو المجنون إذا قتل الجاني . . لم يصر مستوفياً بذلك على المذهب .

فرعان :

أحدهما : إذا كان الصبي أو المجنون فقيرين محتاجين إلىٰ من ينفق عليهما . . كان لوليهما العفو على الدية للضرورة كبيع عقارهما ، كذا في « التنبيه » ، وأقره عليه المصنف .

وقيل : لا يجوز ؛ لأنهما يستحقان النفقة في بيت المال فلا احتياج .

وقيل : يجوز في المجنون دون الصبي ؛ لأن للصبي غاية تنتظر ، بخلاف المجنون ، وهـٰذا هو الأصح في « الروضة » في (كتاب اللقيط) ، لـٰكنه فرضها في قطع طرفه ، فلو كان له قريب تلزمه نفقته . . لم يجز العفو جزماً .

الثاني : لو حكم حاكم للكبير باستيفاء القصاص وهناك صغير . . هل ينقض حكمه؟ فيه وجهان : أصحهما : لا ، حكاه والد الروياني عن جده .

قال : (**ويحبس القاتل**) إلىٰ أن يزول المانع ؛ حفظاً لحق المستحق ، ففي « سنن أبي داوود » [٣٦٢٥] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس قوماً في تهَمة دم) ، فعند التحقق أولىٰ .

وكلام المصنف وغيره يقتضي : أن هـٰذا الحبس واجب ، وبه صرح الماوردي والروياني ، وكلام « البسيط » يفهم : أنه ليس بواجب .

وَلاَ يُخَلَّىٰ بِكَفِيلٍ ، وَلْيَتَّفِقُوا عَلَىٰ مُسْتَوْفٍ ، وَإِلاَّ . . فَقُرْعَةٌ يَدْخُلُهَا ٱلْعَاجِزُ وَيَسْتَنِيبُ ، . . . .

وعن الشيخ أبي علي : أن القاتل لا يحبس ؛ لأنه عقوبة زائدة ، وحمل الحبس في كلام الشافعي على التوقف للانتظار ، والصحيح الذي عليه الجمهور : الأول ؛ لأن حبسه أهون عليه من تعجيل القتل ، ولا طريق إلىٰ حفظ الحق سواه .

قال (**ولا يخلىٰ بكفيل**) ؛ لأنه قد يهرب فيفوت الحق ، ولذلك يحبس إلىٰ أن يقدم الغائب ، كما لو وجد الحاكم مال ميت مغصوباً والوارث غائب . . فإنه يأخذه ؛ حفظاً لحق الميت .

وذكر ابن الصباغ : أنه لا يحبس في قصاص الطرف إلىٰ قدوم الغائب ؛ لأن الحاكم لا ولاية له على الغائب المكلف ، كما لا يأخذ ماله المغصوب .

وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه ، ويشعر بأنه يأخذ مال الغائب ويحفظه ، وأنه يحبس في قصاص الطرف .

قال : (**وليتفقوا علىٰ مستوف**) ؛ يعني : إذا كان القصاص لجماعة حضور كاملين . . لم يكن لهم أن يجتمعوا علىٰ مباشرة قتله ؛ لأن فيه تعذيباً ، ولـٰكن يتفقون علىٰ واحد يستوفيه ، أو يوكلون أجنبياً .

قال : (**وإلا . . فقرعةٌ**) إذا لم يحصل اتفاق ، بل قال كل واحد : أنا أستوفيه ، فيقطع تنازعهم بها ، وهـٰذا الإقراع واجب كما صرح به الروياني ، فمن خرجت له القرعة تولاه ، ولـٰكن بإذن الباقين ، فإن منعه غيره . . امتنع ؛ لأن حقه من الاستيفاء لا يسقط بخروجها لغيره ، بدليل صحة إبرائه منه ، والعفو علىٰ مال بخلاف تنازع الأولياء في التزويج إذا خرجت قرعة واحد ؛ فإنه يزوج ولا يحتاج إلىٰ إذن الباقين ؛ لأن القصاص مبني على الإسقاط ، والنكاح لا يجوز تأخيره .

وفي وجه : لا حاجة بعد خروج القرعة إلىٰ إذن الباقين ؛ لتظهر فائدة القرعة .

قال : (**يدخلها العاجز**) كالشيخ والمرأة (**ويستنيب**) ؛ لأنه صاحب حق ، وهـٰذا صححه البغوي .

وَقِيلَ : لاَ يَدْخُلُ . وَلَوْ بَدَرَ أَحَدُهُمْ فَقَتَلَهُ . . فَٱلأَظْهَرُ : لاَ قِصَاصَ ، . . . .

قال : (**وقيل : لا يدخل**) ؛ لأنه ليس أهلاً للاستيفاء ، والقرعة إنما تأتي بين المستوين في الأهلية ، وهـٰذا هو الصحيح في « الشرح » و« الروضة » ، وهو المعتمد المنصوص في « الأم » وعليه الأكثرون ، بل قال الروياني في « التجرِبة » : إن الأول غلط .

وفي « فتاوى القاضي حسين » : أن المرأة إذا كانت قوية جلدة . . كان لها أن تستوفي القصاص .

قال : (**ولو بدر أحدهم فقتله . . فالأظهر : لا قصاص**) ، قال الرافعي رحمه الله : هـٰذه المسألة توصف بالإشكال والاعتياص ، حتىٰ حكي عن الماسرجسي أنه قال : سمعت أبا بكر الصبغي يقول : كررتها علىٰ نفسي ألف مرة حتىٰ تحققتها ، فأول ما يذكر أن من عليه القصاص إذا قتله أجنبي لزمه القصاص ، ويكون ذلك لورثته لا لمن كان يستحق القصاص عليه .

قال البغوي : فلو عفا ورثته عن القصاص على الدية . . فالدية للورثة على الصحيح .

وقيل : لمن له القصاص ، كما إذا قتل المرهون تكون قيمته مرهونة ، وهو ضعيف .

وأما إذا بادر أحد ابني المقتول الحائزين فقتل الجاني بغير إذن الآخر . . فينظر ؛ أوقع ذلك قبل عفو أخيه أم بعده؟

الحالة الأولىٰ : إذا قتله قبل العفو . . ففي وجوب القصاص عليه قولان :

أظهرهما : لا يجب ؛ لأنه صاحب حق في المستوفىٰ فيدفع استحقاقه العقوبة ، كما إذا وطىء أحد الشريكين الجارية . . لا يلزمه الحد ، ولأن من علماء المدينة من جوز لكل واحد من الورثة الانفراد باستيفاء القصاص ، حتىٰ لو عفا بعضهم . . كان لمن لم يعف أن يستوفي ، وإلىٰ هـٰذا ذهب أبو حنيفة وأحمد ، ويروىٰ عن مالك ، واختاره المزني ، واختلاف العلماء شبهة تدرأ العقوبة .

والثاني : يجب القصاص ؛ لأن حق القصاص لهما ، فإذا قتله أحدهما . . فكأنه

وَلِلْبَاقِينَ قِسْطُ ٱلدِّيَةِ مِنْ تَرِكَتِهِ ، وَفِي قَوْلٍ : مِنَ ٱلْمُبَادِرِ ، وَإِنْ بَادَرَ بَعْدَ عَفْوِ غَيْرِهِ . . لَزِمَهُ ٱلْقِصَاصُ . [وَقِيلَ : لاَ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ وَيَحْكُمْ قَاضٍ بِهِ] . . . .

استوفىٰ نصف النفس متعدياً ، وذلك يوجب القصاص ، كما إذا قتل اثنان واحداً .

والقولان فيما إذا قتله عالماً بالتحريم ، فإن جهل . . فلا قصاص بلا خلاف .

و[الحالة الثانية] : إن قتله بعد العفو ، فإن علمه وحكم الحاكم بسقوط القصاص عن الجاني . . لزمه القصاص قطعاً ، وإن لم يحكم به . . لزمه أيضاً على المذهب ، وقيل : لا ؛ لشبهة اختلاف العلماء .

وإن جهله ، فإن قلنا : لا قصاص إذا علمه . . فهنا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان .

ولو قتله العافي ، أو عفوا ثم قتله أحدهما . . لزمه القصاص قطعاً .

قال : (**وللباقين قسط الدية**) ؛ لفوات القصاص بغير اختيارهم .

قال : (**من تركته**) أي : من تركة الجاني ؛ لأن المبادر فيما وراء حقه كالأجنبي ، ولو قتله أجنبي . . أخذ الورثة الدية من تركة الجاني ، ولوارث الجاني على المبادر قسط ما زاد علىٰ قدر حقه من الدية .

قال : (**وفي قول : من المبادر**) ؛ لأنه صاحب حق في القصاص ، فإذا بادر إلى القتل . . فكأنه استوفىٰ حق الآخر مع حق نفسه ، فأشبه ما إذا مات المودع عن ابنين فأخذ أحدهما الوديعة وأتلفها . . فإن الآخر يرجع عليه بضمان نصيبه لا على المودع .

وفي قول مخرج : لهم الخيار بين الأخذ من المبادر أو من تركة الجاني ويبرأ ؛ لأنه بمنزلة الغاصب والمتلف في يد الغاصب .

قال : (**وإن بادر بعد عفو غيره . . لزمه القصاص**) ؛ لارتفاع الشبهة .

[قال : (**وقيل : لا إن لم يعلم ويحكم قاض به**)][(١)] .

---

(١) ما بين معقوفين من قول الإمام النووي رحمه الله ، ولم يتعرض له الدميري رحمه الله بتاتاً .

وإتماماً للفائدة نذكر هنا شرح الخطيب الشربيني رحمه الله في « مغني المحتاج » (٤/ ٥٥) : (**وقيل : لا**) قصاص عليه (**إن لم يعلم**) بعفو غيره (و) لم (**يحكم قاض به**) أي : بنفي القصاص عن المبادر ، وظاهر عبارته : اختصاص جريان هـٰذا الوجه بانتفاء العلم والحكم معاً ، وليس مراداً ، بل أحدهما كاف ، إلا أن يحمل على أن (الواو) في كلامه بمعنى=

قال : (**ولا يستوفىٰ قصاص إلا بإذن الإمام**) ؛ لاحتياجه إلىٰ نظر واجتهاد ، ولأن أمر الدم عظيم سواء حكم للمستحق بالقصاص أم لا .

وقال أبو إسحاق المروزي ومنصور التميمي : إن المستحق يستقل بالاستيفاء كالأخذ بالشفعة وسائر الحقوق .

والصحيح المنصوص : الأول ، وسواء فيه قصاص النفس والطرف ، وتستثنىٰ من ذلك صور :

أحدها : السيد يستوفي القصاص من عبده على الأصح .

الثانية : إذا كان المستحق مضطراً . . قتله قصاصاً وأكله ، كما قاله الرافعي في بابه .

الثالثة : إذا انفرد بحيث لا يرىٰ . . قال الشيخ عز الدين : ينبغي أن لا يمنع منه ، لا سيما إذا عجز عن الإثبات ، أو كان في موضع لا إمام فيه .

وقد جزم الماوردي بأن من وجب له علىٰ شخص تعزير أو حد قذف وكان في بادية بعيداً عن السلطان . . له استيفاؤه إذا قدر عليه بنفسه .

الرابعة : القاتل في المحاربة لكل من الإمام والولي الانفراد بقتله .

والمراد بـ(الإمام) : السلطان أو نائبه ، وكذلك القاضي كما صرح به الماوردي ،

= (أو) فيصح ، ويوجه عدم القصاص في نفيهما أو العلم فقط بعدم العلم ، وفي نفي الحكم بشبهة اختلافُ العلماء ؛ فإن منهم من ذهب إلى أن لكل وارث من الورثة الانفراد باستيفاء القصاص .

تنبيه : أفهم كلامه : أن الخلاف وجهان ، مع أنه قولان كما صوّبه الزركشي ، وأفهم أيضاً : لزوم القصاص في صورة الجهل بالعفو ، وهو الظاهر وإن لم يصرح فيها في «الروضة» بتصحيح ، وأفهم أيضاً : لزوم القصاص جزماً بعد العلم بالعفو وحكم الحاكم بالسقوط ، وبه صرح في «الروضة» و«أصلها» .

وإذا اقتص منه للجاني . . فنصيبه لورثته في تركة الجاني ، فإن عفا عنه وارث الجاني . . عمل بمقتضى العفوين من وجوب المال وعدمه .

وهو مقتضىٰ كلام الرافعي في (باب أدب القضاء) ؛ فإنه ذكر أن القاضي يستفيد بولايته إقامة الحدود .

فروع :

يستحب للإمام أن يحضر الاقتصاص عدلين متيقظين ؛ ليشهدا إن أنكر المقتص ، ولا يحتاج إلى القضاء بعلمه إن كان الترافع إليه .

ويستحب أن يستوفي بحضرة الناس ؛ لينتشر الخبر فيحصل به الزجر ، وأن يأمر المقتص منه بما تعيَّن عليه من صلاة يومه ، وأن يأمره بالوصية فيما له وعليه من حق ، وأن يأمره بالتوبة من ذنوبه ، وأن يساق إلىٰ موضع القصاص برفق ، وأن يستر عورته .

ولا يجوز أن يذبح كما تذبح البهيمة إلا إذا فعل بقتيله كذلك ، وعلى الإمام أن يتفقد الآلة ويقتص بصارم لا كالٍّ ، فإن كان الجاني قتل بكالٍّ . . اقتص منه بمثله على الأصح .

ويضبط الجاني في قصاص الطرف ؛ لئلا يضطرب فيؤدي إلى استيفاء زيادة ، وينبغي أن يسرع الضارب بالضرب بقوة ؛ ليحصل المقصود بضربة واحدة ؛ لما روىٰ مسلم [١٩٥٥] عن شداد بن أوس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا قتلتم . . فأحسنوا القتلة » .

قال : (**فإن استقل**) أي : باستيفائه (. . **عزر**) ؛ لافتئاته على الإمام ، ومع ذلك لا غرم عليه ويقع عن القصاص .

ولو استقل المقذوف باستيفاء حد القذف بإذن القاذف أو بغير إذنه . . ففي الاعتداد به وجهان : أصحهما : أنه لا يعتد به ؛ لأنه لا يتعلق بموضع معين ولا يهتدي إليه كل أحد .

وعلىٰ هـٰذا يترك حتىٰ يبرأ ثم يحد ، فإن مات . . وجب القصاص إن كان جلده بغير إذنه ، وإن كان بإذنه . . فلا قصاص ، والتعزير كحد القذف .

قال : (**ويأذن لأهل**) وهو : الرجل القوي النفس واليدِ العارفُ بالمَفصِل .

فِي نَفْسٍ ، لاَ طَرَفٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**في نفس**) ؛ يعني : إذا طلب ذلك من الإمام ونحوه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ ، ولأن التشفي يكمل بذلك .

فإن لم يكن أهلاً كالشيخ والزمن . . لم يجبه ؛ لما فيه من التعذيب ويأمره بالاستنابة .

وخرج بقوله : (نفس) حد القذف ؛ فلا يجوز للإمام أن يأذن فيه ؛ لأن تفاوت الضربات عظيم وهو حريص على المبالغة فيه .

قال : (**لا طرف في الأصح**) ؛ لأنه لا يؤمن منه الحيف ، وهـٰذا هو المنصوص في « الأم » .

والثاني : يفوضه إليه ؛ لعموم الآية .

وادعى القاضي حسين : أنه المنصوص ، فإن صح . . كانت المسألة علىٰ قولين .

وظاهر إطلاق المصنف : أنه لا فرق في ذلك بين المجني عليه وبين وارثه إذا مات قبل الاستيفاء ، وهو كذلك ؛ لأن الحيف متوقع من الوارث أيضاً ، وكلام « الشرح » و« الروضة » مقيد بالصورة الأولىٰ .

ويستثنىٰ من الاستيفاء بنفسه صورة أخرىٰ ، وهي : ما إذا قتل ذمي ذمياً ثم أسلم القاتل . . فالقصاص باق ، وإنما يستوفيه الإمام بطلب الوارث ولا يفوضه إليه وإن كان أهلاً ؛ لما فيه من تسليط الكافر على المسلم ، وقد تقدم من المصنف التنبيه عليه في (فصل تخلل المهدر) .

تنبيه :

سكت المصنف عن المنافع ، وحكمها حكم الطرف ، فإذا قلع عينه . . لم يمكَّن من الاستيفاء بالقلع ، بل يؤمر بالتوكيل فيه كما ذكره في « التنبيه » ، وأقره عليه المصنف ، لـٰكن محله إذا قلعت عيناه ، فإن وجب القصاص في واحدة وكان يبصر بالأخرىٰ بحيث لا يحصل منه حيف إذا قلع . . فإنه يمكَّن من الاستيفاء ، كذا نقله ابن الرفعة عن تصريح الماوردي والقاضي أبي الطيب وابن الصباغ .

فَإِنْ أَذِنَ فِي ضَرْبِ رَقَبَةٍ فَأَصَابَ غَيْرَهَا عَمْداً . . عُزِّرَ وَلَمْ يَعْزِلْهُ ، وَإِنْ قَالَ : أَخْطَأْتُ وَأَمْكَنَ . . عَزَلَهُ وَلَمْ يُعَزِّرْ . وَأُجْرَةُ ٱلْجَلاَّدِ عَلَى ٱلْجَانِي عَلَى ٱلصَّحِيحِ ،

قال : (**فإن أذن في ضرب رقبة فأصاب غيرها عمداً . . عزر**) ؛ لتعديه ومخالفته .

قال : (**ولم يعزله**) ؛ لأنه أهل له وإن تعدىٰ بما فعل .

وفي وجه أو قول ضعيف : يعزله .

قال : (**وإن قال : أخطأت وأمكن . . عزله ولم يعزر**) إذا ادعى الخطأ فيما يمكن أن يقع في مثله الخطأ ، كما إذا ضربه على الكتف أو الرأس مما يلي الرقبة فيحلف ، ولا يعزر إذا حلف ، لـٰكن يعزل ؛ لأن الحال يشعر بعجزه وخرقه .

وفي وجه أو قول : أنه يعزر بالخطأ ولا يعزل .

قال الإمام : وهـٰذا الوجه ينبغي أن يكون مخصوصاً بما إذا لم يتكرر الخطأ ولم يظهر خرقه ، فإن ظهر . . فليمنع بلا خلاف .

قال : وعزله على الصحيح ينبغي أن يكون مخصوصاً بما إذا لم تعرف مهارته في ضرب الرقاب ، فأما الماهر . . فينبغي أن لا يعزل بخطأ اتفقَ بلا خلاف .

واحترز بقوله : (وأمكن) عما إذا ادعى الخطأ فيما لا يقع الخطأ بمثله ، كما إذا ضربه علىٰ رجليه أو وسطه ؛ فإنه يعزر .

فرع :

يمنع من استيفاء القصاص بالسيف المسموم على الأصح ، وأما قصاص الطرف . . فيمتنع بالمسموم بلا خلاف ، فلو اقتص به فمات . . فلا قصاص على الأصح ؛ لأنه قتل بمستحق وغيره ، ويجب نصف الدية ، والأشبه : أنها عليه ، وقيل : علىٰ عاقلته .

فلو كان السم موحياً . . وجب عليه القصاص قطعاً ؛ لأنه مات به دون الجراحة .

قال : (**وأجرة الجلاد على الجاني على الصحيح**) ؛ لأنها مؤنة حق لزمه أداؤه ، فكان كأجرة الكيال على البائع وأجرة وزان الثمن على المشتري .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ، ويروىٰ عن مالك ـ : أنها على المستوفي ، كما أن أجرة نقل الطعام المشترىٰ على المشتري ، والصحيح المنصوص : الأول .

وفي أجرة الجلاد في الحدود والقاطع في السرقة وجهان :

أصحهما : على المجلود والسارق ؛ لأنها تتمة الحد الواجب عليه .

والثاني : في بيت المال .

وأجرة الجلاد في القذف كأجرة الاقتصاص .

كل هـٰذا إذا لم يكن منصوبٌ مُرتزَقٌ من بيت المال يعطىٰ رزقَه ، فإن كان . . فلا أجرة له ؛ لأنه عمل واجب عليه ، إذ الإمام مأمور أن ينصب من يقيم الحدود ، ويستوفي القصاص بإذن المستحقين له ، ويرزقه من خمس خمس الفيء والغنيمة المرصد للمصالح ، فإن لم يكن عنده شيء أو كان واحتاج إليه لأهم منه . . فأجرة الاقتصاص على المقتص منه .

ولو قال الجاني : أنا أقتص من نفسي ولا أؤدي الأجرة . . فوجهان :

أصحهما : لا يقبل منه ؛ لفقد التشفي .

والثاني : يقبل ، كما لو قطع السارق يد نفسه .

والفرق : أن الغرض التنكيل وقد حصل ، بخلاف القصاص ، كذا قاله الرافعي .

والصحيح : أن السارق لا يمكَّن من قطع يد نفسه .

قال : (**ويقتص على الفور**) ؛ لأن القصاص موجب الإتلاف فيتعجل كقيم المتلفات .

والمراد : أن له ذلك إن شاء وله التأخير ، وشمل كلامه النفس والطرف ، وهو في النفس بلا خلاف ، وفي الطرف على المذهب المنصوص كما قاله في « الروضة » قبل (باب اختلاف الجاني ومستحق الدم) ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاقه الحامل كما سيأتي .

قال : (**وفي الحرم والحر والبرد والمرض**) ، سواء كان الواجب قصاص النفس أو الطرف ؛ لأنه قتل لو وقع في الحرم . . لم يوجب ضماناً فلا يمنع منه ، كقتل الحية

. . . .

والعقرب ، وسواء الملتجىء إلى الحرم فراراً من القتل وغيره ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة يوم الفتح . . قيل له : إن ابن خطل متعلق بأستار الكعبة؟ قال : « اقتلوه »[١] .

ولأن حق القصاص على الفور فلا يؤخر ، وبهٰذا قال مالك .

وعن أبي حنيفة : لا يستوفىٰ قصاص النفس في الحرم إلا أن ينشأ القتل فيه ، ولٰكن يُضيَّق عليه ، فلا يكلم ولا يعامل حتىٰ يخرج فيقتل ، وسُلِّم أنه يستوفىٰ قصاص الطرف مطلقاً في الحرم .

وعن أحمد : لا يستوفىٰ من الملتجىء واحد من القصاصين .

واحتج الأصحاب علىٰ أبي حنيفة بما سلمه في الطرف ، وبقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الحرم لا يعيذ فارّاً بدم » وهو حديث متفق عليه[٢] .

ولو لاذ بالمسجد الحرام أو غيره من المساجد . . لم يقتل فيه على الأصح ، بل يُخرج ويقتل ؛ لأنه تأخير يسير .

والثاني : تبسط الأنطاع ويقتل في المسجد ؛ تعجيلاً لتوفية الحق .

ولو التجأ إلى الكعبة أو بيت إنسان . . أخرج قطعاً ، كذا في « الروضة » ، واعترضه في « المهمات » بحكاية المتولي فيه الخلاف .

قال : والتأخير بالمرض في حدود الله تعالىٰ محله إذا كان المرض غير مخوف[٣] ، فإن لم يرج زواله . . لم يؤخر كما صرح به الرافعي في (باب حد الزنا) ، وكلامه هنا لا يأباه .

---

(١) أخرجه البخاري (١٨٤٦) ، ومسلم (١٣٥٧) .

(٢) أخرجه البخاري (١٠٤) ، ومسلم (١٣٥٤) ، وغيرهما من قول عمرو بن سعيد الأشدق عندما بعث جيوشاً إلى مكة لمحاربة ابن الزبير رضي الله عنهما وليس من قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا يستشهد بقول ذلك الفاسق فليتنبه ، والله أعلم ، وانظر كلام الحافظ ابن حجر رحمه الله في « الفتح » (١/١٩٨) .

(٣) في النسخ : (إذا كان المرض مخوفاً) ، والتصويب من هامش (ص) .

وَتُحْبَسُ ٱلْحَامِلُ فِي قِصَاصِ ٱلنَّفْسِ أَوِ ٱلطَّرَفِ حَتَّىٰ تُرْضِعَهُ ٱللِّبَأَ وَيَسْتَغْنِيَ بِغَيْرِهَا ، أَوْ فِطَامٍ لِحَوْلَيْنِ ، . . . .

قال : (**وتحبس الحامل في قصاص النفس أو الطرف حتىٰ ترضعه اللبأ ويستغني بغيرها ، أو فطام لحولين**) .

قال القاضي أبو الطيب : أجمعوا علىٰ أن الحامل لا يقام عليها قصاص النفس ولا قصاص الطرف ولا حد القذف ولا حدود الله تعالىٰ قبل الوضع ؛ لما في إقامتها من هلاك الجنين أو الخوف عليه ، وهو بريء لا يهلك بجريمة غيره .

ولا فرق بين أن يكون الولد من حلال أو حرام ، ولا بين أن يحدث بعد وجوب العقوبة أو قبله ، حتىٰ إن المرتدة إذا حبلت من الزنا بعد الردة . . لا تقتل حتىٰ تضع ، وإذا وضعت . . لا تستوفى العقوبة أيضاً حتىٰ ترضع الولد اللبأ .

واستدل لعدم قتل الحامل بقوله تعالىٰ : ﴿ فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ ﴾ ، وفي قتل الحامل إسراف ؛ لأنه قتل نفسين بنفس .

وفي « صحيح مسلم » [١٦٩٥] : (تأخير الغامدية الحامل من الزنا) .

وأما في الطرف . . فلأن فيه إجهاض الجنين وهو متلف له .

وروى البيهقي : (أن عمر أمر برجم حامل من الزنا ، فقال له علي : لا سبيل لك علىٰ ما في بطنها ، فقال عمر : لولا علي هلك عمر)[١] .

وقيل : القائل ذلك لعمر معاذ بن جبل .

فتحبس الحامل في القصاص إلىٰ أن يمكن الاستيفاء كما تقدم فيما إذا كان في المستحقين صبي .

ولو كان عليها رجم أو غيره من حدود الله تعالىٰ . . لم تحبس على الصحيح ؛ لأنه مبني على التخفيف .

وقيل : تحبس كالقصاص .

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/ ٤٤٣) بألفاظ مغايرة تماماً ، والقائل عنده معاذ بن جبل رضي الله عنه ، فانظره لزاماً .

قال الإمام : وإطلاق هـٰذا الوجه بعيد ، والأقرب : أنه مخصوص بما إذا ثبت بالبينة ، فإن ثبت بالإقرار . . فلا معنىٰ للحبس مع أنه يعرض السقوط بالرجوع عن الإقرار .

وأما التأخير لإرضاع الولد اللبأ . . فإن الولد لا يعيش إلا به غالباً ، وقد تقدم ما فيه .

قال ابن الرفعة : ولا بد بعد الولادة من انقضاء النفاس أيضاً .

ثم إن كان هناك غيرها يُرضع . . فلا كلام ، وإن لم يكن إلا هي . . فعن ابن خيران : أنها تقتل ولا يبالىٰ بالطفل ، كما لو كان للقاتل عيال يضيعون ظاهراً بموته .

والصحيح : أنها تؤخر إلىٰ أن يوجد من يرضعه أو ما يعيش به ولو بهيمة ، لـٰكن الأولىٰ للولي أن يؤخر الاستيفاء ؛ لأن الولد يتضرر باختلاف اللبن عليه وبشرب لبن البهائم ، ويخالف الرجم ؛ فإنه يؤخر إلىٰ أن يوجد من يكفل ولدها ؛ لأن الرجم محض حق الله تعالىٰ وليس في تأخيره ضرر ، وهنا بخلاف ذلك .

فإن بادر المستحق في هـٰذه الحالة وقتلها فمات الطفل . . فالصحيح المنصوص : أنه قاتل له عمداً يلزمه القود ، كما إذا حبس رجلاً ومنعه الطعام والشراب والطلب حتىٰ مات .

وقيل : لا يضمنه ، كما لو غصب طعامه في البادية حتىٰ مات .

وإذا قتل المستحق الحامل . . فغرة الجنين علىٰ عاقلته ؛ إذ لا نتيقن حياته ، فهو شبه عمد ، ولا عهدة على الجلاد عند جهله بكل اعتبار .

قال : (**والصحيح : تصديقها في حملها بغير مخيلة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ أي : من حمل أو حيض ، ومن حرم عليه كتمان شيء . . وجب قبول قوله إذا أظهره كالشهادة .

والثاني : لا تصدق ؛ لأن الأصل عدم الحمل ، إلا أن تقيم بينة ، وللولي قتلها قبل إقامتها ، وبهـٰذا قال الإصطخري .

وَمَنْ قَتَلَ بِمُحَدَّدٍ أَوْ خَنْقٍ أَوْ تَجْوِيعٍ وَنَحْوِهِ . . ٱقْتُصَّ بِهِ ، . . . .

قال الإمام : ولا أدري أيقول هـٰؤلاء بالصبر إلى انقضاء مدة الحمل أم إلىٰ ظهور المخايل؟

والأظهر : الثاني ، فإن التأخير إلىٰ أربع سنين من غير دليل بعيد .

وأراد المصنف بـ(المخيلة) : شهادة النسوة أو إقرار المستحق كما صرح به الرافعي ، والمراد : تصديقها في الحمل مع اليمين كما صرح به الماوردي وغيره .

فائدة :

على المرأة الإخبار بالحمل ، فإن سكتت عنه فمات . . وجب الضمان علىٰ عاقلتها ، وينبغي أن يمنع زوجها من الوطء ؛ لئلا يقع حمل يمنع استيفاء ولي الدم ، ولم أره منقولاً .

قال الرافعي : وليس المراد مما أطلقه الأصحاب من العلم بالحمل وعدم الحمل : حقيقة العلم ، وإنما المراد : الظن المؤكد بظهور مخايله .

وأحسن من هـٰذه العبارة عبارة الشيخ أبي حامد ؛ فإنه عبر بالحكم فقال : هـٰذا إذا حكم بأنها حامل .

قال : (**ومن قتل بمحدد أو خنق**) وحرق وتغريق (**أو تجويع ونحوه . . اقتص به**) أي : بمثله ؛ فإن المماثلة معتبرة في الاستيفاء ، قال تعالىٰ : ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ ، ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ .

وفي « الصحيحين » : (أن النبي صلى الله عليه وسلم رض رأس اليهودي بحجرين ، كما فعل بالجارية) .

وروى البيهقي [٨/٤٣] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حرق . . حرقناه ، ومن غرق . . غرقناه » .

ولأن المقصود من القصاص التشفي ، وإنما يحصل إذا قتل القاتل بمثل ما قتل ، وبمثل قولنا قال مالك .

وخالف أبو حنيفة فيه وقال : يتعين القتل بالسيف .

أَوْ بِسِحْرٍ . . فَبِسَيْفٍ ، . . . .

ثم كما ترعى المماثلة في طريق القتل ترعىٰ في الكيفية والمقدار ؛ ففي التجويع : يحبس مثل تلك المدة ويمنع الطعام .

وفي الإلقاء في الماء والنار : يلقىٰ في ماء ونار مثلهما ويترك تلك المدة .

وفي الإلقاء من شاهق : يلقىٰ من مثله مع مراعاة صلابة الموضع .

وفي الضرب بالمثقل : يراعى الحجم وعدد الضربات .

وإذا تعذر الوقوف علىٰ قدر الحجر أو قدر النار أو عدد الضربات . . فالأصح عند المصنف : أنه يؤخذ باليقين ، وعن القفال : يقتل بالسيف ، واعترضه في « المهمات » .

وقوله : (اقتص به) لا يقتضي تعينه ، بل المراد : أن له ذلك ؛ لأنه لو أراد العدول إلى السيف . . جاز جزماً ؛ فإنه أسهل ، وقد صرح به المصنف بعد هـٰذا .

وقوله : (خنق) الأفصح فيه فتح الخاء وكسر النون ككذب مصدر خنقه يخنُقه بضم النون خنقاً ، كذا قيده الجوهري ، وجوز خاله الفارابي إسكان النون ، وتبعه المصنف في « تحريره » .

قال : (**أو بسحر . . فبسيف**) ، هـٰذه الصورة والصورتان بعدها مستثنيات من القاعدة المتقدمة ، فهـٰذه لا خلاف فيها ؛ لأن عمل السحر حرام ولا ينضبط وتختلف تأثيراته .

وقد روى الترمذي [١٤٦٠] وصحح الحاكم [٣٦٠/٤] عن جندب بن كعب العبدي ـ ويقال : الأزدي ، وقيل : جندب بن زهير ـ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « حد الساحر ضربة بالسيف » .

وفي « الإستيعاب » [٥٣٩/١ـ٥٤١] وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في مسير إذ هَوَّم فجعل يقول : « زيد ما زيد؟ جندب ما جندب؟ » يكرر ذلك ، فسئل عنه ، فقال : « رجلان من أمتي ؛ أما أحدهما . . فتسبقه يده إلى الجنة ثم يتبعها سائر جسده ، وأما الآخر . . فيضرب ضربة يفرق بها بين الحق والباطل » .

فأصيبت يد زيد بن صوحان يوم جلولاء ، ثم قتل يوم الجمل مع علي رضي الله عنهما .

وأما جندب بن كعب . . فإنه رأىٰ ساحراً يقال له : أبو بستان بالكوفة كان يلعب بين يدي الوليد بن عقبة ، يريهم : أنه يدخل من دبر الحمار ويخرج من فيه ، ويدخل من فيه ويخرج من دبره ، وأنه يقطع رأس نفسه ثم يعيدها ، فلما رآه جندب علىٰ تلك الحالة . . ضربه بسيفه ضربة فقتله ، فحبس الوليدُ جندباً ، فبلغ عثمان ، فكتب إليه : أن خل سبيله وسبيل أصحابه[1] .

و(السحر) في اللغة : صرف الشيء عن وجهه ، يقال : ما سحرك عن كذا ، أي : ما صرفك عنه .

قال : (**وكذا خمر ولواط في الأصح**) ؛ لأن المماثلة ممتنعة للفاحشة ، وأُمر بإحسان القتلة .

والثاني : أنه في الأولىٰ : يوجر مائعاً كخل أو ماء أو شيء مر ، وقيل : يسقى البول ، وفي الثانية : يعمل له مثل الذكر من الخشب ، فيقتل به ؛ لقربه من فعله ، وتكون الخشبة قريبة من آلته كما صرح به الرافعي .

وظاهر كلام الجمهور : أنه لا يتقدر بذلك ، بل تعمل خشبة يقتل مثلُها القاتل .

قال الإمام : هـٰذا إذا توقع موته بالخشبة ، وإلا . . فالسيف .

واقتصاره على استثناء هـٰذه الصورة أورد عليه : ما لو سقاه بولاً ؛ فإنه كالخمر على الأصح ، وما لو أوجره ماءً نجساً ؛ فإنه يوجر الماء الطاهر .

وبقيت صور مفرعة على الأصل :

منها : إذا شهدوا بالزنا فرجم ثم رجعوا . . فعليهم القصاص ، والأصح : بالسيف ، وقيل : بالرجم .

---

(١) ذكره ابن عبد البر في « الإستيعاب » (١/٢١٩) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٨٧٤٨) .

وَلَوْ جُوِّعَ كَتَجْوِيعِهِ فَلَمْ يَمُتْ زِيدَ ، وَفِي قَوْلٍ : ٱلسَّيْفُ ، وَمَنْ عَدَلَ إِلَىٰ سَيْفٍ . . فَلَهُ . . . .

ومنها : لو قتله بسيف مسموم . . ففي قتله بمثله وجهان : الأصح : نعم كما تقدم .

ومنها : الذبح كالبهائم إذا كان الجاني قد فعل ذلك ، وفيه وجهان كما تقدم ، وقال في « المطلب » : يتعين السيف ، وهو كذلك في « الحاوي » .

ومنها : لو أنهشه حية . . هل يقاد بمثلها؟ وجهان .

وإن قتله بالغرق في ماء ملح . . جاز تغريقه فيه وفي العذب ؛ لأنه أسهل ، ولو غرقه في العذب . . لم يجز في الملح ؛ لأنه أشق .

قال : (**ولو جوِّع كتجويعه فلم يمت . . زِيد**) ؛ ليكون الجزاء من جنس العمل ، ولا يبالىٰ بزيادة الإيلام ، كما لو ضرب رقبة إنسان ضربة واحدة ولم تزل رقبته إلا بضربتين . . فإنه يضرب ضربتين .

قال : (**وفي قول : السيف**) ؛ لأن المماثلة قد حصلت ، ولم يبق إلا تفويت الروح فيجب تفويتها بالأسهل ، ولم يرجح الرافعي شيئاً من القولين في « شرحيه » ، إنما نسب ترجيح الأول للبغوي ، والبغوي أرسل الخلاف ، وصحح المصنف في « تصحيحه » ما صححه هنا ، وعبارة « المحرر » رجح الأول بصيغة البناء للمفعول ، والصواب : العدول إلى السيف ؛ فإنه منصوص « الأم » و« البويطي » .

وقال القاضي حسين : لم يختلف مذهب الشافعي فيه ، وجرىٰ عليه الجمهور ؛ لظاهر قوله : « فأحسنوا القتلة » .

قال : (**ومن عدل إلىٰ سيف . . فله**) ، سواء رضي الجاني أم لا ؛ لأنه أسهل ، قال البغوي : وهو أولىٰ ، وأشار الإمام إلىٰ وجه : أنه لا يعدل إلى السيف عن الخنق ، ثم إن المماثلة مرعية في قصاص الطرف كما هي مرعية في قصاص النفس إذا أمكن رعايتها .

فلو أبان طرفاً من أطرافه بمثقل أو رضخ رأسه بحجر . . لم يستوف القصاص إلا بالسيف ، ولو أوضح رأسه بالسيف . . لم يوضح إلا بحديدة خفيفة .

وَلَوْ قَطَعَ فَسَرَىٰ . . فَلِلْوَلِيِّ حَزُّ رَقَبَتِهِ ، وَلَهُ ٱلْقَطْعُ ثُمَّ ٱلْحَزُّ ، وَإِنْ شَاءَ . . ٱنْتَظَرَ ٱلسِّرَايَةَ . وَلَوْ مَاتَ بِجَائِفَةٍ أَوْ كَسْرِ عَضُدٍ . . فَٱلْحَزُّ . وَفِي قَوْلٍ : كَفِعْلِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَمُتْ . . لَمْ تُزَدِ ٱلْجَوَائِفُ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

قال : (**ولو قطع فسرىٰ . . فللولي حز رقبته**) ؛ لأنه أسهل على الجاني من القطع ثم الحز ، وأشار المصنف إلىٰ أن هـٰذا الحكم محله فيما إذا كانت الجراحة السارية مما يشرع فيه القصاص كقطع الكف والموضحة .

قال : (**وله القطع ثم الحز**) ؛ طلباً للمماثلة .

وعند أبي حنيفة : يقتصر علىٰ حز الرقبة .

قال : (**وإن شاء . . انتظر السراية**) أي : بعد القطع ، وليس للجاني أن يقول : أمهلوني مدة بقاء المجني عليه بعد جنايتي ؛ لثبوت حق القصاص ناجزاً ، ولا أن يقول : أريحوني بالقتل أو العفو ، بل الخيرة للمستحق .

قال : (**ولو مات بجائفة أو كسر عضد . . فالحز**) ؛ لأن المماثلة لا تتحقق في هـٰذه الحالة ؛ بدليل عدم إيجاب القصاص في ذلك عند الاندمال ، فتعين السيف .

قال : (**وفي قول : كفعله**) ؛ تحقيقاً للمماثلة في فعله .

قال الرافعي : وهـٰذا عليه الأكثرون ، ولم ينقل تصحيح الأول إلا عن البغوي ، ووقع في « المحرر » نسبة الأول إلى الأكثرين ، فتبعه المصنف ، وكأنه سبق قلم ، وصحح في « تصحيح التنبيه » الثاني .

وقال في « أصل الروضة » : إنه الأظهر عند الأكثرين .

قال : (**فإن لم يمت . . لم تُزد الجوائف في الأظهر**) ؛ لاختلاف تأثيرها باختلاف محالها ، فهي كقطع الأطراف المختلفة .

والثاني : نعم ؛ ليكون إزهاق الروح قصاصاً بطريق إزهاقه عدواناً ، وهو مخرج من التجويع والإلقاء في النار ونحوهما ، والمصنف تبع « المحرر » في كونهما قولين ، وهما في « الشرح » و« الروضة » وجهان .

وَلَوِ ٱقْتَصَّ مَقْطُوعٌ ثُمَّ مَاتَ سِرَايَةً . . فِلِوَلِيِّهِ حَزٌّ وَلَهُ عَفْوٌ بِنِصْفِ دِيَةٍ ، وَلَوْ قُطِعَتْ يَدَاهُ فَٱقْتَصَّ ثُمَّ مَاتَ . . فَلِوَلِيِّهِ ٱلْحَزُّ ، فَإِنْ عَفَا . . فَلاَ شَيْءَ . وَلَوْ مَاتَ جَانٍ مِنْ قَطْعِ قِصَاصٍ . . فَهَدَرٌ ، . . . .

قال : (**ولو اقتَص مقطوع**) أي : من قاطعه (**ثم مات سراية . . فلوليه حزٌّ ، وله عفو بنصف دية**) ، فالحز في مقابلة نفس مورثه ، والعفو بنصف الدية واليد المستوفاة مقابلة بالنصف ، وهـٰذا عند استواء الديتين .

فإن قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ثم مات الرجل فعفا وليه علىٰ مال . . فوجهان :

أحدهما : له نصف الدية ، وهو ظاهر إطلاق الكتاب و« الروضة » هنا .

وأصحهما : ثلاثة أرباعها ؛ لأنه استحق دية رجل سقط منها ما استوفاه ، وهو يد امرأة بربع دية رجل ، كذا صححه في « الروضة » و« الشرح » في آخر (باب العفو عن القصاص) ، وهو تقييد لما أطلقاه هنا .

ومثله لو قطع ذمي يد مسلم فاقتص منه ثم مات المسلم . . فعلى الأصح : يستحق خمسة أسداس دية مسلم ، وعلى الثاني : نصفها .

فإن مات الجاني حتف أنفه أو قتل ظلماً أو في قصاص . . وجب أخذ نصفِ الدية من تركته .

قال : (**ولو قطعت يداه فاقتص ثم مات**) أي : المجني عليه بالسراية (**. . فلوليه الحز ، فإن عفا . . فلا شيء**) ؛ لأنه استوفىٰ ما يقابل الدية وهو اليدان .

قال الرافعي : وهـٰذه صورة يجب فيها القصاص ولا تستحق الدية بالعفو عليها ، ومثلها : إذا عفا عن الدية وفرعنا علىٰ أن موجب العمد أحد الأمرين فإنه يجوز أن يقتص ، وإذا أراد أن يعفو عنه إلى الدية . . لم يكن له ذلك على الأصح .

قال : (**ولو مات جان من قطع قصاص . . فهدر**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعۡدَ ظُلۡمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيۡهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾ .

وبهـٰذا قال مالك وأحمد ؛ لأن القطع قصاصاً قطع بحق فلا تكون سرايته مضمونة كقطع السرقة .

وَإِنْ مَاتَا سِرَايَةً مَعاً أَوْ سَبَقَ ٱلْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ . . فَقَدِ ٱقْتَصَّ ، وَإِنْ تَأَخَّرَ . . فَلَهُ نِصْفُ ٱلدِّيَةِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وروى البيهقي [٨/٦٨] عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا : (من مات من حد أو قصاص . . فلا دية له والحق[١] قتله) .

وقال أبو حنيفة : يلزمه كمال الدية .

وعن ابن سيرين : نصفها ، قال في « البحر »[٢] : وهو أقيس من قول أبي حنيفة .

قال : (**وإن ماتا سراية معاً أو سبق المجني عليه . . فقد اقتَص**) أي : حصل قصاص اليد باليد والسراية بالسراية ، ولا شيء على الجاني .

وقيل في الثانية : لولي المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني ؛ لأن سراية الجاني مهدرة وسراية المجني عليه مضمونة ، قال الرافعي : هـٰذا هو المشهور ، وحكاه ابن كَج عن عامة الأصحاب ، وحكي الأول عن أبي علي الطبري .

ومثل هـٰذه الصورة : ما إذا اقتص في الطرف فعاد الجاني فقتل المجني عليه ، ثم سرىٰ قطع القصاص إلىٰ نفس الجاني .

قال : (**وإن تأخر**) أي : موت المجني عليه عن موت الجاني بالسراية (. . **فله**) أي : فلولي المجني عليه (**نصف الدية في الأصح**) ، وتكون في تركة الجاني ، لأن القصاص لا يسبق الجناية ، فإن ذلك يكون في معنى السلم في القصاص ، وهو لا يتصور .

والثاني : لا شيء له ويحصل القصاص بما جرىٰ ؛ لأن الجاني مات بسراية فعل المجني عليه فحصلت المقابلة ، وادعى الروياني : أن هـٰذا هو الصحيح .

وهـٰذا الخلاف محله في قطع يد مثلاً ، فإن كانت الصورة في قطع يدين . . فلا شيء جزماً ، وإن كانت في موضحة . . فتسعة أعشار دية ونصف عشرها ؛ فإنه أخذ بقصاص الموضحة نصف العشر .

---

(١) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : « والحد » كما في « البيهقي » .

(٢) في (ز) : (« المحرر ») .

وَلَوْ قَالَ مُسْتَحِقُّ يَمِينٍ : أَخْرِجْهَا ، فَأَخْرَجَ يَسَاراً وَقَصَدَ إِبَاحَتَهَا . . فَمُهْدَرَةٌ ، . .

قال : (**ولو قال مستحق يمين : أخرجها ، فأخرج يساراً وقصد إباحتها . . فمهدرة**) لا قصاص فيها ولا دية .

قال الرافعي : هٰذه مسألة كثيرة الشعب وحق مثلها التثبت وإحضار الذهن ، ويقدم عليها : أن اليمين لا تقطع باليسار ولا بالعكس كما تقدم ، فإذا وجب القصاص في اليمين واتفقا علىٰ قطع اليسار بدلاً عن اليمين . . لم يكن بدلاً ، كما لو قتل غير القاتل برضاه بدلاً لا يقع بدلاً ، ولٰكن لا قصاص في اليسار ؛ لشبهة البدل ، وتجب ديتها ، ومن علم منهما فساد هٰذه المصالحة . . أثم بقطع اليسار ، وهل يسقط قصاص اليمين بما جرىٰ؟ وجهان : أصحهما : نعم .

ولو قال مستحق قصاص اليمين للجاني : أخرج يمينك ، فأخرج يساره فقطعها المستحق . . فللمخرج أحوال :

أحدها : أن يعلم أن اليسار لا تجزىء عن اليمين ، وأنه يقصد بإخراجها الإباحة للمقتص ، فلا قصاص في اليسار ولا دية ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، واتفق عليه الأصحاب ؛ لأن صاحبها بذلها مجاناً وإن لم يتلفظ بإباحة ، كما لو قال : ناولني متاعك لألقيه في البحر ، فناوله . . كان كما لو نطق بالإذن ، فلا يجب ضمانه إذا ألقاه في البحر .

وحكى ابن القطان وجهاً : أنه يجب ضمان اليسار إذا لم يتلفظ المخرج بالإذن في القطع ، وحمل نص الشافعي علىٰ ما إذا أذن لفظاً .

والصحيح : الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وسواء علم القاطع أنها اليسار وأنها لا تجزىء أم لا ، لٰكن على الأصح : يعزر العالم .

وأما قصاص اليمين . . فيبقىٰ كما كان ، لٰكن إذا سرىٰ قطع اليسار إلى النفس . . فات القصاص ، فيعدل إلىٰ دية اليد .

فلو قال القاطع : قطعت اليسار علىٰ ظن أنها تجزىء عن اليمين . . فوجهان : أصحهما : يسقط ؛ لأنه رضي بسقوطه اكتفاء باليسار .

فعلىٰ هٰذا : يعدل إلىٰ دية اليمين ؛ لأن اليسار وقعت هدراً .

وَلَوْ قَالَ : جَعَلْتُهَا عَنِ ٱلْيَمِينِ وَظَنَنْتُ إِجْزَاءَهَا فَكَذَّبَهُ : فَٱلأَصَحُّ : لاَ قِصَاصَ فِي ٱلْيَسَارِ ، وَتَجِبُ دِيَةٌ ، وَيَبْقَىٰ قِصَاصُ ٱلْيَمِينِ ، . . . .

فإن قيل : يرد علىٰ قوله : (فمهدرة) ما إذا كان المقطوع عبداً فلا إهدار . . فالجواب : أن كلامه في الحر ؛ بدليل قوله بعد : (وتجب دية) .

قال : (**ولو قال : جعلتها عن اليمين وظننت إجزاءها فكذبه . . فالأصح : لا قصاص في اليسار**) ، هـٰذه الحالة الثانية ، والأصح فيها : لا قصاص ؛ لأنا أقمنا ذلك مقام إذنه في القطع ، وهو كما لو قال لغيره : اقطع يدي فقطعها . . لا قصاص عليه .

والثاني : يجب ؛ لعلمه بأنه قطع ما لا يستحقه .

وقد وهم المصنف في قوله : (فكذبه) ؛ فإن هـٰذا ليس في « المحرر » ولا في « الروضة » ، وليس هـٰذا موضع تنازعهما ، والذي في « المحرر » : ولو قال : قصدت إيقاعها عن اليمين وظننتها تجزىء عنها ، وقال القاطع : عرفتُ أن المُخرَج اليسار وأنها لا تجزىء . . فلا قصاص في الأصح .

أي : عرفتُ أنا ذلك ، بضم تاء المتكلم ، فظن المصنف : أنها تاء الخطاب المفتوحة فعبر عنها بالتكذيب ، وهو فاسد لأمرين :

أحدهما : أن هـٰذا ليس موضع تنازعهما ، والذي في « الروضة » وغيرها في هـٰذا القسم كله : ظن القاطع أو علمه ، وعبر فيها بالصحيح لا بالأصح كما هنا .

والثاني : أنه يقتضي : أنه إذا صدقه . . يجب قطعاً ، والذي في « الشرح » و« الروضة » في هـٰذه الحالة : أنه لا قصاص أيضاً على الأصح .

قال : (**وتجب دية**) ؛ لأنه لم يبذلها مجاناً .

قال : (**ويبقىٰ قصاص اليمين**) أي : على الوجهين ؛ لأنه لم يستوفه ولا عفا عنه ، لـٰكنه يؤخر حتىٰ تندمل يساره ؛ لما في الموالاة من الإتلاف .

هـٰذا إذا لم يسر القطع إلى الإتلاف ، فإن سرىٰ . . وجب عليه دية النفس ، وتدخل فيها دية اليسار ، وينتقل حقه من القصاص في النفس إلىٰ نصف الدية ، فيتقاصّان في

وَكَذَا لَوْ قَالَ : دُهِشْتُ فَظَنَنْتُهَا ٱلْيَمِينَ ، وَقَالَ ٱلْقَاطِعُ : ظَنَنْتُهَا ٱلْيَمِينَ . . . . . .

النصف ويغرم له النصف الآخر[1] .

قال : (**وكذا لو قال : دهشت فظننتها اليمين ، وقال القاطع : ظننتها اليمين**) ، هـٰذه الحالة الثالثة ، والحكم فيها كالتي قبلها : لا قصاص في اليسار على الأصح ؛ لأن هـٰذا الاشتباه قريب ، ويبقىٰ قصاص اليمين .

وإذا سقط القصاص من الطرفين . . فلكل واحد منهما الدية على الآخر .

فلو قال القاطع : علمت أنها اليسار ، فإن قال مع ذلك : وعلمت أنها لا تجزىء . . فيلزمه القصاص في الأصح ويبقىٰ قصاص اليمين .

وإن قال القاطع : دهشت فلم أدر ما صنعت . . قال الإمام : لم يقبل منه ويلزمه القصاص في اليسار ؛ لأن الدهشة السالبة للاختيار لا تليق بحال القاطع .

ولو قال المخرج : قصدت بالإخراج إيقاعها عن اليمين ، وقال القاطع : أخرجتها بقصد الإباحة . . فالمصدق المخرج ؛ فإنه أعرف بقصده .

تتمة :

جميع ما تقرر في القصاص فإن جرىٰ في السرقة ، فقال الجلاد للسارق : أخرج يمينك ، فأخرج يساره فقطعها . . فالمذهب المنصوص : أنه يكتفىٰ بما جرىٰ للحد ويسقط قطع اليمين .

والفرق : أن المقصود بالحد التنكيل وتعطيل الآلة الباطشة وقد حصل ، والقصاص مبني على المماثلة .

وعن الحارث بن سريج النقال حكاية قول قديم : إن الحكم كما تقدم في القصاص .

وحيث أوجبنا دية اليسار في الصور السابقة . . فهي في ماله ؛ لأنه قطع متعمداً ، وعن نصه في « الأم » : أنها تجب على العاقلة .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

فَصْلٌ :

مُوجَبُ ٱلْعَمْدِ ٱلْقَوَدُ ، . . . .

وحيث قلنا : يبقى القصاص في اليمين . . لا يستوفىٰ حتىٰ يندمل قطع اليسار ؛ لما في توالي القطع من خطر الهلاك ، نص عليه .

ولو قطع طرفي رجل معاً . . اقتص فيهما معاً ولا يلزمه التفريق ، نص عليه ، فقيل : فيهما قولان ، والمذهب : تقريرهما .

والفرق : أن خطر الموالاة في الصورة الأولىٰ يحصل من قطع مستحق وغير مستحق .

قال : (**فصل**) عقده لبيان حكم العفو[1] : وهو التجاوز عن الذنب وترك العقاب عليه ، وهو مستحب ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ ، وقوله : ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ﴾ .

وروى البيهقي [٨/ ٥٤] وغيره عن أنس : (أن النبي صلى الله عليه وسلم ما رفع إليه قصاص قط إلا أمر فيه بالعفو) .

وأما ما رواه مسلم [١٦٨٠] عن وائل بن حجر : أن رجلاً أتي به إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اعترف بالقتل ، فقال لأخي القتيل : « اعف عنه » فأبىٰ ، فقال : « اذهب به » ، فلما ولىٰ قال : « إن قتله فهما في النار » . . فهو من مشكلات الأحاديث .

وأجيب عنه بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان أمره بالعفو ، وقيل : لأن القاتل قال : ما أردت قتله .

قال : (**موجَب العمد القَوَد**) حكم العمد مبني علىٰ أن موجب العمد في النفس والطرف ماذا؟ وفيه قولان : أظهرهما عند الأكثرين : أنه القود المحض ، وإنما الدية

---

(١) في هامش (ز) : (بل لموجب العمد والعفو) .

وَٱلدِّيَةُ بَدَلٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ ، وَفِي قَوْلٍ : أَحَدُهُمَا مُبْهَماً ، . . . .

بدل عنه عند سقوطه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ ، ولأنه بدل متلف فيعتبر جنسه كسائر المتلفات .

وخالف المصنف هـٰذا في « نكته » ، فصحح الثاني وفاقاً لابن يونس .

و(موجَب) بفتح الجيم : الذي يلزم بقتل العمد .

و(القَوَد) بالفتح : القصاص ، تقول : أقدت القاتل بالقتيل ، أي : قتلته به .

وخرج بذكر العمد : الخطأ ؛ فإن موجَبه الدية خاصة ، وكان ينبغي أن يقول : الدية أو الأرش ؛ ليشمل الجراحات .

كل هـٰذا إذا كان للقتيل وارث خاص ، فإن لم يكن . . فهل للسلطان أن يقتص أو تتعين الدية؟ قولان تقدما .

قال : (**والدية بدل عند سقوطه**) ، يرجع إليها بالعفو بشرطه أو تعذر الاستيفاء بموت ونحوه .

وأطلق المصنف القولين ، ولا شك في تقييدهما بما إذا كان العمد يوجب القود ، فإن تخلف لمانع كما إذا قتل الوالد ولده والمسلم الذمي . . فهل نقول : الواجب الدية عيناً ، عكس القاعدة ، أو هو كغيره يجب القود عيناً ، ثم يعدل إلى الدية ؛ لأن الأبوة وشرف الدين مسقطان؟ الظاهر : الأول .

قال : (**وفي قول : أحدُهما مبهماً**) ؛ لما تقدم عند قول المصنف : (الصحيح : ثبوته لكل وارث) : عن أبي شريح الخزاعي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هـٰذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلاً . . فأهله بين خيرتين : إن أحبوا . . قتلوا ، وإن أحبوا . . أخذوا العقل »(1) ، وفي « الصحيحين » [خ ٢٤٣٤ـ م ١٣٥٥] نحوه من رواية أبي هريرة .

وفي « سنن البيهقي » [٨/ ٥١] عن مجاهد وغيره : كان في شرع موسىٰ عليه الصلاة والسلام تحتُّمُ القصاص جزماً ، وفي شرع عيسىٰ عليه الصلاة والسلام أخذ الدية فقط ،

---

(1) أخرجه الترمذي (١٤٠٦) ، وأبو داوود (٤٤٩٧) ، وأحمد (٦/ ٣٨٤) ، وغيرهم .

وَعَلَى ٱلْقَوْلَيْنِ لِلْوَلِيِّ عَفْوٌ عَنِ ٱلدِّيَةِ بِغَيْرِ رِضَا ٱلْجَانِي ، وَعَلَى ٱلأَوَّلِ لَوْ أَطْلَقَ ٱلْعَفْوَ . فَٱلْمَذْهَبُ : لاَ دِيَةَ ، . . . .

فخفف الله عن هـٰذه الأمة وخيَّرها بين الأمرين ؛ لما في الإلزام بأحدهما من المشقة .

قال : (**وعلى القولين للولي عفو عن الدية بغير رضا الجاني**) ؛ لحديث أبي شريح ، ولأنه محكوم عليه فلا يحتاج إلىٰ رضاه ، كما لا يشترط رضا المحال عليه والمضمون .

وقال أبو حنيفة : لا يعدل إلى المال إلا برضا الجاني ، وإذا مات الجاني . . سقطت الدية .

وحكي عن القديم قول مثله ، وعن مالك روايتان : أشهرهما : مساعدة أبي حنيفة .

والثانية : تخيير الولي .

وعلم من كلامه : أنه إذا عفا بعض المستحقين . . سقط القصاص وإن لم يرض الآخرون ، واحتج له بما روى البيهقي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولا مخالف لهما في ذلك فكان إجماعاً ، وبأن القصاص لا يتجزأ ، ويغلَّب جانب السقوط ؛ لحقن الدماء ، وكذلك لو عفا عن عضو من أعضاء الجاني . . سقط القصاص كله ، كما أن تطليق بعض المرأة تطليق كلها ، وكذا لو أقت . . تأبد .

قال : (**وعلى الأول لو أطلق العفو . . فالمذهب : لا دية**) ؛ لأن القتل لم يوجبها علىٰ هـٰذا القول ، والعفو إسقاط ثابت لا إثبات معدوم .

والثاني ـ واختاره المزني ـ : تجب ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ أي : اتباع بالمال ، وذلك يشعر بوجوب الدية ، والأولون حملوا الآية علىٰ ما إذا عفا على الدية .

وموضع الخلاف : إذا أمكن ثبوت المال .

فإن لم يمكن كما إذا قتل أحد عبدي الرجل عبده الآخر . . فإن للسيد أن يقتص وله أن يعفو ولا يثبت له علىٰ عبده مال ، فإن أعتقه . . لم يسقط القصاص ، فلو عفا بعد العتق مطلقاً . . لم يثبت المال بلا خلاف ؛ لأن القتل لم يثبته ولا يخرج على الخلاف

وَلَوْ عَفَا عَنِ ٱلدِّيَةِ . . لَغَا ، وَلَهُ ٱلْعَفْوُ بَعْدَهُ عَلَيْهَا . وَلَوْ عَفَا عَلَىٰ غَيْرِ جِنْسِ ٱلدِّيَةِ . . ثَبَتَ إِنْ قَبِلَ ٱلْجَانِي ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَلاَ يَسْقُطُ ٱلْقَوَدُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

هنا ، وإن عفا علىٰ مال . . ثبت ، كذا حكاه الشيخان في الفروع المنثورة آخر الباب وأقراه .

ولو أقر السفيه بقصاص وعفا المستحق علىٰ مال . . ففي ثبوته وجهان في (باب الحجر) : أصحهما : نعم ؛ لأنه يتعلق باختيار غيره لا بإقراره .

وصورة العفو المطلق : أن يقول : عفوت عن القصاص ، ولا يتعرض للدية بنفي ولا إثبات ، وكذلك لو قال : عفوت عنك ، ولم يتعرض لقود ولا دية .

ولو قال : عفوت عما وجب لي عليك بهـٰذه الجناية ، أو عن حقي الثابت عليك ، وما أشبهه . . فلا مطالبة له بشيء .

فلو قال : عفوت عن حقي . . قال الماوردي : يسقط القود ؛ لأنه يستحقه ، ولا تسقط الدية ؛ لأنه لا يستحقها .

وسكت المصنف عن التفريع على المرجوح ؛ لأنه طويل لا عمل عليه[1] .

قال : (**ولو عفا عن الدية . . لغا**) ؛ لأنه عفا عما ليس مستحقاً .

قال : (**وله العفو بعده عليها**) ؛ لأن حقه لم يتغير بالعفو الماضي .

قال : (**ولو عفا علىٰ غير جنس الدية . . ثبت**) وإن كان أكثر من الدية (**إن قبل الجاني ، وإلا . . فلا**) ؛ لأنه اعتياض ، فتوقف على الاختيار كغيره .

قال : (**ولا يسقط القود في الأصح**) ؛ لأنه رضي به علىٰ عوض ولم يحصل له ، وليس كالصلح علىٰ عوض فاسد ؛ لأن الجاني هناك قبل والتزم .

---

(١) في هامش (ص) : (يستثنىٰ من ذلك : ما لو اختار الدية بعد العفو على الفور ؛ ففي « أصل الروضة » عن ابن كَج : أنه تثبت الدية ويكون اختيارها بعد العفو كالعفو عليها ، قال : وحكي عن النص : أن هـٰذا الاختيار يكون عقب العفو ، وجزم به الماوردي ، وعن بعض الأصحاب : أنه يجوز فيه التراخي قال البلقيني : وهـٰذا المحكي عن بعض الأصحاب ذكره الماوردي قولاً للشافعي ، قال : وقضية كلام الرافعي والنووي : أن هـٰذا النصَّ هو المعتمد ، تفريق علىٰ أنه لا تثبت الدية بنفس العفو) اهـ

وَلَيْسَ لِمَحْجُورِ فَلَسٍ عَفْوٌ عَنْ مَالٍ إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا ، وَإِلاَّ : فَإِنْ عَفَا عَلَى ٱلدِّيَةِ . . ثَبَتَتْ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . فَكَمَا سَبَقَ ، وَإِنْ عَفَا عَلَىٰ أَنْ لاَ مَالَ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَجِبُ شَيْءٌ ، . . . .

والثاني : يسقط ؛ لأنه رضي به حيث أقدم على الصلح وطلب العوض .

ولو عفا عن القود علىٰ نصف الدية . . قال القاضي حسين : هـٰذه معضلة أسهرت الجلة[1] .

وقال غيره : هو كعفوه عن القود ونصف الدية ، فيسقط القود ونصف الدية .

ولو تضرع إليه الجاني وسأله العفو عن القصاص بمال فأخذ المال من غير تصريح بعفو . . فهل يكون ذلك عفواً عن القصاص؟ فيه وجهان .

قال : (**وليس لمحجور فَلَسٍ عفوٌ عن مال إن أوجبنا أحدهما**) ؛ للتفويت على الغرماء ، وإذا تعين المال بالعفو عن القصاص . . صرف إلىٰ غرمائه ، ولا يكلف تعجيل القصاص أو العفو ليصرف المال إليهم .

واحترز بـ(محجور الفلس) عن المحجور بسلب العبارة كالصبي والمجنون ؛ فإن عفوهما لغو .

قال : (**وإلا**) أي : وإن قلنا : الواجب القود عيناً .

قال : (**فإن عفا على الدية . . ثبتت ، وإن أطلق . . فكما سبق**) فيما إذا عفا مطلقاً فإن قلنا : إنه يوجب الدية ثبتت وإن قلنا لا يوجبها لم تثبت .

قال : (**وإن عفا علىٰ أن لا مال . . فالمذهب : أنه لا يجب شيء**) ؛ لأن القتل لم يوجب المال ، ولو كلفنا المفلس أن يطلق ليثبت المال . . كان ذلك تكليفاً بأن يكتسب وليس عليه الاكتساب .

وقيل : يجب ؛ لأنه لو أطلق العفو . . لوجب المال ، فالنفي كالإسقاط ؛ لما له حكم الوجوب ، فكان الصواب : التعبير بالأصح ؛ لأنها ذات وجهين لا ذات طرق .

---

(١) في هامش (و) و(ص) : (بخط المصنف : معناه : أنها أتعبت الجماعة الطاعنين في السن ؛ لصعوبة أمرها) .

وَٱلْمُبَذِّرُ فِي ٱلدِّيَةِ كَمُفْلِسٍ ، وَقِيلَ : كَصَبِيٍّ . وَلَوْ تَصَالَحَا عَنِ ٱلْقَوَدِ عَلَىٰ مِئَتَيْ بَعِيرٍ . لَغَا إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : ٱلصِّحَّةُ . . . .

واقتضىٰ كلام المصنف في (باب الفلس) : الجزم بالصحة أيضاً ؛ فإنه قال : (يصح اقتصاصه وإسقاطه) ، ومقتضاه : أنه لا فرق في الإسقاط بين أن يكون علىٰ مال أو مجاناً .

قال : (**والمبذر في الدية كمفلس**) ، فيصح منه إسقاط القصاص واستيفاؤه ؛ لوجود التشفي منه ، وفيما يرجع إلى الدية عند الأكثرين كالمفلس ، والمراد : المحجور عليه بالتبذير .

أما من بذر بعد رشده ولم يحجر عليه ثانياً . . فتصرفه نافذ على المذهب كالرشيد .

وقوله : (في الدية) احتراز من القود ؛ فيصح منه إسقاطه واستيفاؤه قطعاً كالرشيد .

قال : (**وقيل : كصبي**) فلا يصح عفوه عن المال بحال ، ويفارق المفلس ؛ لأنه إذا تصدىٰ للمحجور مال . . لم يجز تركه ، كما لو وهب له شيء أو وصي له به فلم يقبل . . فوليه يقبل عليه جبراً ، والغرماء لا يقبلون على المفلس ولا الحاكم ؛ لأنه لا يجب له إلا ما ثبت في ملكه .

ويشهد له ما نقله الشيخان في (السير) عن الإمام وأقراه : أنه لا يصح إعراض المحجور عليه لسفه عن الغنيمة ، بخلاف المفلس .

وعفو المريض مرض الموت وعفو الورثة عن القصاص مع نفي المال إذا كان على التركة دين أو وصية كعفو المفلس .

وعفو المكاتب عن الدية تبرع ، فلا يصح بغير إذن سيده ، وبإذنه قولان .

قال : (**ولو تصالحا عن القود علىٰ مئتي بعير . . لغا إن أوجبنا أحدهما**) ؛ لأنه زيادة على الواجب نازل منزلة الصلح من ألف علىٰ ألفين .

قال : (**وإلا . . فالأصح : الصحة**) أي : إذا قلنا الواجب القود المحض . . ففيه وجهان : أصحهما : الصحة ؛ لأنه مال يتعلق باختيار المتعاقدين ، فأشبه الخلع .

وَلَوْ قَالَ رَشِيدٌ : ٱقْطَعْنِي فَفَعَلَ . . فَهَدَرٌ ، فَإِنْ سَرَىٰ أَوْ قَالَ : ٱقْتُلْنِي . . فَهَدَرٌ ، وَفِي قَوْلٍ : تَجِبُ دِيَةٌ ، . . . .

وقد روى الترمذي [١٣٨٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً دفع إلىٰ أولياء المقتول ، فإن شاؤوا . . قتلوا ، وإن شاؤوا . . أخذوا الدية ، وما صالحوا عليه فهو لهم » .

والثاني : المنع ؛ لأن الدية تخلف القصاص عند سقوطه فلا تزاد عليه .

قال : (**ولو قال رشيد : اقطعني ففعل . . فهدر**) أي : لا قصاص ولا دية ، كما لو أذن في إتلاف ماله لا يجب ضمانه .

وفي تعبيره بـ(الرشيد) نظر ؛ لأنه قدم : أن المبذر يصح منه إسقاط القصاص واستيفاؤه ، ولهـٰذا عبر في « الروضة » و« الشرحين » بالمالك لأمر نفسه ، وكذلك عبر الإمام ، ومرادهم به : الحر العاقل سواء كان محجوراً عليه أم لا ، وحينئذ فتعبير المصنف بـ(الرشيد) معترض من وجهين :

أحدهما : إخراجه السفيه مع أن الحكم فيه كذلك .

والثاني : إدخاله العبد ؛ فإنه رشيد ومع هـٰذا إذنه غير معتبر .

وقوله : (فهدر)[١] ليس علىٰ عمومه ؛ فإن الكفارة تجب لحق الله تعالىٰ على الأصح ولا تؤثر فيها الإباحة .

والثاني ـ ويحكىٰ عن تخريج ابن سريج ـ : أنها لا تجب ، وحق الله تعالىٰ يتبع في الوجوب والسقوط حق الآدمي ، فإذا صار الشخص مهدراً . . فلا كفارة بقتله .

قال : (**فإن سرىٰ ، أو قال : اقتلني . . فهدر ، وفي قول : تجب دية**) ؛ هـٰذا الخلاف ينبني علىٰ : أن الدية تثبت للميت ابتداء ثم يتلقاها الوارث أو تثبت للوارث ابتداء عقب هلاكه .

فإن قلنا بالأول ، وهو الأصح . . لم تجب ، وإلا . . وجبت .

---

(١) في هامش (د) : (هـٰذا محله بعد قول « المنهاج » : « فإن سرىٰ ، أو قال : اقتلني . . . ») .

وَلَوْ قَطَعَ فَعَفَا عَنْ قَوَدِهِ وَأَرْشِهِ : فَإِنْ لَمْ يَسْرِ . . فَلاَ شَيْءَ ، وَإِنْ سَرَىٰ . . فَلاَ قِصَاصَ . . . .

قال الإمام : والقائل بثبوتها للميت لا يمنع تقدير الملك له كما لا يمنع بقاء الدين عليه وإن رمّت عظامه .

ثم إن المصنف أطلق وجوب الدية وظاهره : أنه علىٰ هـٰذا القول تجب دية كاملة في الصورتين ، وهو كذلك في صورة (اقتلني) .

وأما في القطع . . فنصفها ؛ لأنه الحادث بالسراية .

وأما القصاص . . ففيه طريقان :

أشهرهما : القطع بنفيه ؛ لأن الإذن شبهة دارئة .

والثاني : طرد الخلاف فيه .

ووجه الوجوب بأن القتل لا يباح بالإذن ، فأشبه إذن المرأة في الزنا ومطاوعتها ؛ فإن ذلك لا يسقط الحد .

قال : (**ولو قطع**) عضو إنسان (**فعفا عن قوده وأرشه : فإن لم يسر . . فلا شيء**) أي : لا قصاص ولا دية ؛ لأن المستحق أسقط ما ثبت له ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة .

وعن المزني : تجب الدية ؛ لأن استقرار الجناية باندمالها فلا يعتبر العفو قبل ذلك .

أما لو قال : وما يحدث منها . . فلا قصاص ولا دية .

وإن اقتصر علىٰ قوله : عفوت عن هـٰذه الجناية . . فالنص : أنه عفو عن القصاص .

قال : (**وإن سرىٰ . . فلا قصاص**) أي : في النفس والطرف ؛ لأن السراية تولدت من معفو عنه فأورثت شبهة .

وعن ابن سريج وابن سلمة : يجب قصاص النفس ؛ لأنه لم يدخل في العفو .

فعلىٰ هـٰذا : إن عفا عن القصاص فله نصف الدية ؛ لسقوط نصفها بالعفو عن اليد .

وَأَمَّا أَرْشُ ٱلْعُضْوِ : فَإِنْ جَرَىٰ لَفْظُ وَصِيَّةٍ كَأَوْصَيْتُ لَهُ بِأَرْشِ هَـٰذِهِ ٱلْجِنَايَةِ . . فَوَصِيَّةٌ لِقَاتِلٍ ، أَوْ لَفْظُ إِبْرَاءٍ أَوْ إِسْقَاطٍ ، أَوْ عَفْوٌ سَقَطَ ، وَقِيلَ : وَصِيَّةٌ . وَتَجِبُ ٱلزِّيَادَةُ عَلَيْهِ إِلَىٰ تَمَامِ ٱلدِّيَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : إِنْ تَعَرَّضَ فِي عَفْوِهِ لِمَا يَحْدُثُ مِنْهَا . . سَقَطَتْ ، . . . .

وما أطلقه من أنه لا يجب شيء عند السراية محله : إذا كان القطع مما يوجب القصاص ، فإن كان لا يوجبه كالجائفة فعفا المجني عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية إلىٰ نفسه . . فلوليه أن يقتص في النفس ؛ لأنه عفا عن القود فيما لا قود فيه فلم يؤثر العفو .

وحكى الإمام فيه الاتفاق ، ثم يثبت باحتمال فيه لنفسه .

قال : (**وأما أرش العضو : فإن جرىٰ لفظ وصية كأوصيت له بأرش هـٰذه الجناية . . فوصية لقاتل**) ، فإن أبطلناها . . لزمه أرش العضو ، وإن صححناها ، وهو الأصح . . سقط الأرش إن خرج من الثلث ، وإلا . . سقط منه قدر الثلث .

قال : (**أو لفظ إبراء أو إسقاط ، أو عفو . . سقط**) ؛ لأنه إسقاط حق ناجز ، والوصية هي التي تتعلق بحال الموت .

قال : (**وقيل : وصية**) ؛ لأنه يعتبر من الثلث بالاتفاق فيعود الخلاف في الوصية للقاتل .

والطريقة الأولىٰ ـ وهي القطع بمجيء الخلاف ـ هي الصحيحة .

قال : (**وتجب الزيادة عليه**) أي : علىٰ أرش العضو المعفو عنه (**إلىٰ تمام الدية**) ، هـٰذا إذا اقتصر على العفو عن موجب الجناية ولم يقل : وما يحدث منها ؛ لأن الشيء لا يسقط قبل ثبوته .

قال : (**وفي قول : إن تعرض في عفوه لما يحدث منها . . سقطت**) ؛ لتصريحه بذلك .

والأظهر : لا ، فيلزمه الضمان ، وهما القولان في الإبراء عما لم يجب وجرىٰ سبب وجوبه .

فَلَوْ سَرَىٰ إِلَىٰ عُضْوٍ آخَرَ فَٱنْدَمَلَ . . ضَمِنَ دِيَةَ ٱلسِّرَايَةِ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَمَنْ لَهُ قِصَاصُ نَفْسٍ بِسِرَايَةِ طَرَفٍ لَوْ عَفَا عَنِ ٱلنَّفْسِ . . فَلَا قَطْعَ ، . . . .

وما ذكره من التفصيل في الأرش محله إذا كان دون الدية ، فأما إذا قطع يديه فعفا عن أرش الجناية وما يحدث منها ، فإن لم نصحح الوصية . . وجبت الدية بكمالها ، وإن صححناها . . سقطت بكمالها إن وفىٰ بها الثلث ، سواء صححنا الإبراء عما لم يجب أو لم نصحح ؛ لأن أرش اليدين دية كاملة فلا يزيد بالسراية شيء .

قال : (**فلو سرىٰ إلىٰ عضو آخر فاندمل . . ضمن دية السراية في الأصح**) ؛ لأنه عفا عن موجب الجناية الحاصلة في الحال فيقتصر أثره عليه .

والثاني : المنع ؛ لأنه إذا سقط الضمان بالعفو . . صارت الجناية غير مضمونة ، وإذا لم تضمن . . كانت السراية أيضاً كذلك ، كما إذا قال لغيره : اقطع يدي ، فقطعها وسرى القطع إلىٰ عضو آخر .

هـٰذا إذا اقتصر على العفو عن موجب الجناية ، أما إذا قال : وما يحدث منها ، فسرىٰ قطع الإصبع إلىٰ قطع الكف ، فإن لم نوجب ضمان السراية إذا أطلق . . فهنا أولىٰ ، وإن أوجبناه . . فيخرج هـٰهنا على الإبراء عما لم يجب وجرىٰ سبب وجوبه .

قال : (**ومن له قصاص نفس بسراية طرف لو عفا عن النفس . . فلا قطع**) ؛ لأن المستحق هو القتل ، والقطع طريقه ، وقد عفا عن المستحق به .

وصورة المسألة : إذا قطع الجاني يد رجل فمات سراية[1] .

---

(١) في هامش (ص) : (قال البُلقيني : المعتمد : أن له القصاص في الطرف ، وصرح به في « البسيط » فقال : فإن عفا عن النفس . . فله القطع ، ويدل له نصُّ الشافعي على أنه لو قطع مسلم يد مسلم فارتد المجروح ومات بالسراية . . أنه يقتص من الجاني المسلم في الطرف وإن كانت النفس قد سقط قصاصها ، فلم يجعل سقوط القصاص في النفس التي ماتت بالسراية مقتضياً لسقوط القصاص في الطرف .

قال البلقيني : والتعليل المذكور مردود ، فلا يتعين القطع في طريق القتل ، بل له حزُّ الرقبة ابتداءً وقطع الطرف ثم حز الرقبة بعده . اهـ

قال الشيخ شمس الدين الجوجري : وقد يقال جواباً عمّا ذكره : إن العفو عن النفس يمنع من قطع الطرف ؛ لشمول النفس لجميع الأطراف وإذا شملها العفو . . لم يجز قطع بعضها ولو=

أَوِ ٱلطَّرَفِ . . فَلَهُ حَزُّ ٱلرَّقَبَةِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَطَعَهُ ثُمَّ عَفَا عَنِ ٱلنَّفْسِ مَجَّاناً ، فَإِنْ سَرَى ٱلْقَطْعُ . . بَانَ بُطْلاَنُ ٱلْعَفْوِ ، وَإِلاَّ . . فَيَصِحُّ . وَلَوْ وَكَّلَ ثُمَّ عَفَا فَٱقْتَصَّ ٱلْوَكِيلُ جَاهِلاً . . فَلاَ قِصَاصَ عَلَيْهِ ، . . . .

أما إذا قطع يده ثم قتله . . فالقصاص مستحق فيهما بطريق الأصالة .

فإن كان مستحق النفس غير مستحق الطرف . . فعفو أحدهما لا يسقط حق الآخر .

ومن صوره : أن يقطع عبد يد عبد فيعتق المجني عليه ثم يحز الجاني رقبته أو يموت(١) .

قال : (**أو الطرف . . فله حز الرقبة في الأصح**) ؛ لأن كلاً منهما مقصود في نفسه ، كما لو تعدد المستحق ، وهـٰذا هو الأقوىٰ في « المحرر » و« الشرحين » .

والثاني : المنع ؛ لأنه استحق القتل بالقطع الساري وقد تركه ، وصححه الجاجرمي والمتولي .

قال : (**ولو قطعه ثم عفا عن النفس مجاناً ، فإن سرى القطع . . بان بطلان العفو**) ؛ لأنه عفو عما لم يجب .

قال : (**وإلا . . فيصح**) أي : إن لم يسر قطع الولي إلىٰ نفس الجاني . . صح العفو عن النفس ، ولا يَلزم الوليَّ بقطع اليد شيء .

قال : (**ولو وكل ثم عفا فاقتص الوكيل جاهلاً . . فلا قصاص عليه**) ؛ لعدم تقصيره ، وفيه قول مخرج مما إذا قتل من عهده مرتداً فبان أنه كان قد أسلم ؛ فإن الأصح فيه : وجوب القصاص .

= كان قد قطعه الجاني ؛ لدخوله في العفو عنه ، وقد اتضح بذلك الفرق بين الصورة المستشهد بها وبين الصورة المتنازع فيها ؛ وهو أن طرف الجاني قد استحق فيه القصاص ولم يَعرض له مسقط ، بخلاف مسألة العفو ، وأما اعتراضه على التعليل . . فغير ظاهر ؛ لأنهما لم يدعيا : أنه لا طريق له سواه ، وإنما ادعيا : أنه طريقٌ له يفضي إليه ، فلا يمكن منها ؛ خشية استيفاء ما لا يصح استيفاؤه) .

(١) في هامش (ص) : (فإن القصاص في الطرف للسيد ، وفي النفس لورثته الأحرار ، مع أن عفو أحدهما لا يسقط حق الآخر ، حتى إذا عفا السيد عن قطع اليد . . اقتص الورثة في المعتمد وإذا عفا الأحرار عن النفس . . اقتص السيد لليد) .

وَٱلأَظْهَرُ : وُجُوبُ دِيَةٍ ، وَأَنَّهَا عَلَيْهِ لاَ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ ، . . . .

والفرق : أنه هناك مقصر والوكيل مستصحب لأصل يجوز البناء عليه فهو معذور .

كل هـٰذا تفريع علىٰ جواز التوكيل في استيفاء القصاص ، وقد تقدم في (الوكالة) : أنه يجوز في حضرة الموكل ، وكذا عند غيبته على المذهب .

وحد القذف كالقصاص ، وسواء جوزناه أم لا إذا استوفاه الوكيل . . صار حق الموكل مستوفىً ، كما لو وكله في بيع سلعة توكيلاً فاسداً فباع الوكيل . . صح البيع .

وإذا لم يعلم : أكان العفو قبل القتل أم بعده . . فلا شيء على الوكيل ؛ لاحتمال أنه عفا بعد قتله .

واحترز بقوله : (جاهلاً) عما إذا كان عالماً بالعفو ؛ فعليه القصاص لا محالة .

فإن ادعى الولي علمه بالعفو . . حلف الوكيل ، فإن نكل . . حلف الوارث واستحق القصاص .

قال : (**والأظهر : وجوب دية**) ؛ لأنه بان أنه قتله بغير حق .

وعلىٰ هـٰذا : فهي مغلظة على الصحيح .

والثاني : المنع ؛ لأن القتل مباح له في الظاهر فلا يناسب تضمينه .

أما الكفارة . . فواجبة على القولين ، ويجريان فيما لو عزله ثم قتله الوكيل جاهلاً بعزله .

قال : (**وأنها عليه لا علىٰ عاقلته**) ؛ لأن القتل عمد أو شبه عمد ، وإنما أسقطنا القصاص ؛ للشبهة .

وقيل : على العاقلة مخففة ؛ لأنه جاهل بالحال ، فأشبه المخطىء .

فإذا قلنا : على الوكيل . . فهل هي حالَّة أو مؤجلة؟ وجهان : صحح المصنف منهما : الحلول .

وعطفه المسألة علىٰ ما قبلها يقتضي : أنها ذات قولين ، والصواب : أنهما وجهان .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ بِهَا عَلَى ٱلْعَافِي . وَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ عَلَيْهَا فَنَكَحَهَا عَلَيْهِ . . جَازَ وَسَقَطَ ، فَإِنْ فَارَقَ قَبْلَ وَطْءٍ . . رَجَعَ بِنِصْفِ ٱلْأَرْشِ ، . . . .

قال : (**والأصح : أنه لا يرجع بها على العافي**) ؛ لأنه محسن بالعفو .

والثاني : يرجع عليه ؛ لأنه غره .

والثالث : يرجع الوكيل دون العاقلة .

والمصنف أطلق الخلاف في الرجوع وهو مقيد بأن لا يقصر الموكل في إعلامه ، فإن قصر . . رجع الوكيل عليه ؛ لأنه لم ينتفع بشيء ، بخلاف الزوج المغرور[١] .

وحكى الرافعي هنا عن « فتاوى البغوي » : أن الوكيل لو قال : قتلته بشهوة نفسي لا عن جهة الموكل . . يلزمه القصاص ، وينتقل حق الوارث إلى التركة .

وجزم القفال في « الفتاوىٰ » بعدم القصاص ، وكلام البغوي أرجح دليلاً .

قال : (**ولو وجب قصاص**[٢] **عليها**[٣] **فنكحها عليه**[٤] **. . جاز**) ؛ لأنه عوض مقصود ، وكان ينبغي أن يقول : صحا .

أما النكاح . . فواضح ، وأما الصداق . . فلأن ما جاز الصلح عنه . . جاز جعله صداقاً .

قال : (**وسقط**) أي : ما عليها من القود ؛ لملكها قصاص نفسها .

قال : (**فإن فارق قبل وطء . . رجع بنصف الأرش**) ؛ لأنه الذي وقع العقد عليه ، فهو كالمسمى المعين أولاً .

---

(١) في هامش (ز) : (قاله الإمام الرافعي ، ونقل الروياني في « البحر » عن نص الشافعي رضي الله عنه في « البويطي » : صحة النكاح وفساد الصداق ، ويرجع بمهر المثل ، ويرجع بأرش الجناية علىٰ عاقلتها ، قال : وذكر في « الأم » وعلل فساد الصداق فقال : لأنه إنما نكحها بدين له علىٰ غيرها ولا يجوز إصداق دين على غير المصدق ، قال أصحابنا : وبلا بدل ، على أنه إذا اشترىٰ شيئاً بدين على البائع لا يصح فليتأمل) .

(٢) في هامش (ز) : (احترز بقوله : « وجب قصاص » عما إذا كانت الجناية توجب مالاً كالخطأ فنكحها على الأرش ؛ فإنه يصح النكاح ، وفي صحة الصداق القولان في صحة الاعتياض عن الدية) .

(٣) في هامش (ص) : (أي : بأن جنت علىٰ شخص) .

(٤) في هامش (ص) : (أي : هو أو ذريته) .

وَفِي قَوْلٍ : بِنِصْفِ مَهْرِ ٱلْمِثْلِ .

قال : (**وفي قول : بنصف مهر المثل**) ؛ لأن الأرش سقط وقام مقامه مهر المثل ، وهو المنصوص في « الأم » كما نقله في « البحر » .

وقال البغوي : إنه قياس قولهم : إذا أصدقها تعليم قرآن وطلقها قبل الدخول[1] .

تتمة :

قال المتولي : إذا قتله بالدخان ؛ بأن حبسه في بيت وسد منافذ البيت فاجتمع فيه الدخان وضاق نفسه فمات . . وجب القصاص .

وأنه لو رمىٰ إلىٰ شخص أو جماعة وقصد إصابة أي واحد منهم كان فأصاب واحداً . . ففي القصاص وجهان ؛ لأنه لم يقصد عينه .

قال المصنف : قلت : الأرجح وجوبه .

* * *

خاتمة

ظاهر عبارة « الشرح » و« الروضة » في أول (الجنايات) : أن من استوفي منه القصاص أو الدية في الدنيا تبقىٰ عليه العقوبة في الدار الآخرة .

والمصنف أجاب في « فتاويه » بخلافه ، وقال : إن ظواهر الشرع تدل على السقوط ، وذكر مثله في « شرح مسلم » .

ودليله : الحديث الصحيح فيه : « من ارتكب شيئاً من هٰذه القاذورات فعوقب به . . كانت كفارة له ، وإن لم يعاقب . . فأمره إلى الله ، إن شاء . . عذبه وإن شاء . . عفا عنه »[2] .

* * *

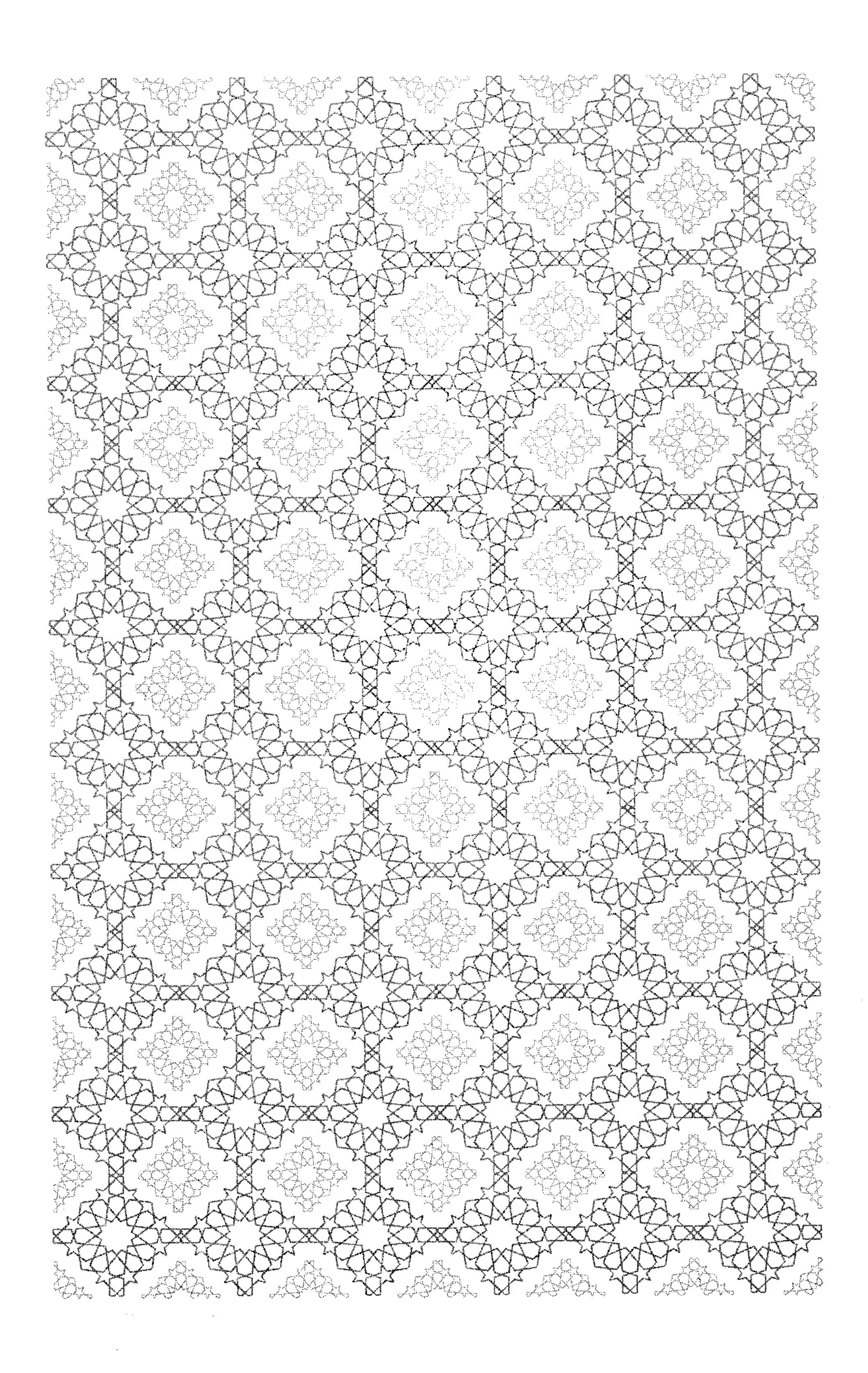
---

(١) في هامش (ز) : (أي : وبعد التعليم ؛ فإنه يرجع بنصف أجرة التعليم) .

(٢) أصله في « الصحيحين » : في « البخاري » (٣٨٩٢) ، و« مسلم » (١٧٠٩) .



كِتَابُ الدِّيَاتِ



كِتَابُ ٱلدِّيَاتِ

فِي قَتْلِ ٱلْحُرِّ ٱلْمُسْلِمِ مِئَةُ بَعِيرٍ . . . .

كتاب الديات

لما انتهى الكلام في القصاص عقبه بالدية ؛ لأنها بدل عنه على الصحيح ، وجَمَعها باعتبار الأشخاص أو باعتبار النفس والأطراف ، ومفردها : دية ، وهي : المال الواجب بالجناية على الحر في نفس أو طرف(١) .

وأصلها : ودية ، مشتقة من الودي ، وهو دفع الدية ، كالعدة من الوعد ، والزنة من الوزن ، والشية من الوشي .

والإجماع منعقد علىٰ تعلق الدية بالقتل .

وقال تعالىٰ : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ .

وروى النسائي [٨/٥٩] والحاكم [١/٣٩٥] وابن حبان [٦٥٥٩] عن النبي صلى الله عليه وسلم : (أنه كتب لعمرو بن حزم كتاباً إلىٰ أهل اليمن فيه ذكر الفرائض والديات) ، وسيأتي في الباب مفرقاً .

قال : (**في قتل الحر المسلم مئة بعير**)(٢) ؛ لأن الله تعالىٰ أوجبها في الآية المذكورة مجملة ، وبينها النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم بقوله : « في النفس مئة من الإبل » .

وأول من سنها مئة : عبد المطلب ، ويقال : أبو سيارة الذي أجاز الحاج أربعين سنة في الجاهلية من المزدلفة إلىٰ منىً .

---

(١) في هامش (ز) : (كان الأولىٰ أن يقول : أو فيما دونها) .

(٢) في هامش (ز) : (كان من حقه أن يقول : المحقون الدم ؛ ليخرج الزاني المحصن ، والباغي في حال القتال ونحوه ، ثم هـٰذا أيضاً إذا كان القاتل [حرّاً] ، فلو كان رقيقاً أو مبعضاً . . كان الواجب أقل الأمرين من قيمة الرقيق والدية ، فلو كان عبداً للقتيل . . لم يجب عليه شيء) .

مُثَلَّثَةٌ فِي ٱلْعَمْدِ : ثَلاَثُونَ حِقَّةً ، وَثَلاَثُونَ جَذَعَةً ، وَأَرْبَعُونَ خَلِفَـةً ـ أَيْ : حَامِلاً ـ . . . .

ولا تختلف الدية بالفضائل والرذائل وإن اختلفت بالأديان والذكورة والأنوثة كما سيأتي ، بخلاف الجناية على الرقيق ؛ فإن فيها القيمة المختلفة بالفضائل والرذائل وغير ذلك .

ثم قد يعرض ما تغلظ به الدية وما تنقص به .

أما المغلظات . . فأربعة أسباب : كون القتل في الحرم ، أو الأشهر الحرم(١) ، أو لذي رحم محرم ، أو عمداً ، أو شبه عمد .

والمنقصات : الأنوثة والرق والاجتنان والكفر .

فالأنوثة ترد إلى الشطر ، والرق إلى القيمة ، والاجتنان إلى الغرة ، والكفر إلى الثلث أو أقل .

قال : (**مثلثة في العمد**) وإن لم نوجب القصاص لمانع من الموانع ، كقتل الوالد الولد(٢) .

قال : (**ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة ، أي : حاملاً**)(٣) ؛ لما روى الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً . . دفع لولي المقتول ، فإن شاؤوا . . قتلوا ، وإن شاؤوا . .

---

(١) وفي هامش (د) : (من « لطائف المعارف » [ص٢٢٥] : ومن عجائب الأشهر الحرم ، ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاصي : أنه ذكر عجائب الدنيا فذكر منها بأرض عاد عمود نحاس عليه شجرة من نحاس ، فإذا كان في الأشهر الحرم . . قطر منها الماء ، فملؤوا حياضهم وسقوا مواشيهم وزروعهم ، فإذا ذهب الأشهر الحرم . . انقطع الماء .

وذكر بعضهم أن لرجب سبعة عشر اسماً : شهر الله ، ورجب ، ورجب مضر ، ومنصل الأسنة ، والأصم ، والأصب ، ومنفس ، ومطهر ، ومعلي ، ومقيم ، وهرم ، ومقشقش ، ومبرىء ، وفرد ، ورجم ـ بالميم ـ ومنصل الألّة ـ وهي الحربة ـ ومنزع الأسنة) .

(٢) في هامش (ز) : (أو أوجبه وعفىٰ عليها) .

(٣) في هامش (ز) : (تنبيه : أفهم إطلاقه « الخلفة » : أنه لا يعتبر فيها سن ، وهو الأصح) .

وَمُخَمَّسَةٌ فِي ٱلْخَطَأ : عِشْرُونَ بِنْتُ مَخَاضٍ ، وَكَذَا بَنَاتُ لَبُونٍ وَبَنُو لَبُونٍ وَحِقَاقٌ وَجِذَاعٌ ، . . . .

أخذوا الدية ، وهي ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة » فهي مغلظة من ثلاثة أوجه[1] :

كونها على الجاني ، وحالَّة ، ومن جهة السن .

و(الخَلِفة) بفتح الخاء وكسر اللام ، ليس لها جمع من لفظها عند الجمهور ، بل جمعها : مخاض ، كما يقال : امرأة ونساء .

وقال الجوهري : جمعها : خلف ، وقال ابن سيده : خلفات ، وهو القياس .

قال : (**ومخمسة في الخطأ : عشرون بنت مخاض ، وكذا بنات لبون وبنو لبون ، وحقاق ، وجذاع**)[2] ؛ لما روىٰ أحمد [١/ ٣٨٤] والأربعة[3] عن ابن مسعود : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « دية الخطأ أخماس » .

قال ابن مسعود : (عشرون جذعة ، وعشرون حقة ، وعشرون بنات لبون ، وعشرون بنو لبون ، وعشرون بنات مخاض) .

ورفع بعضهم هـٰذا التفسير إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وأجمعت الصحابة عليه وإن كان موقوفاً ؛ لأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي ، وإنما أخذ الشافعي به ؛ لأنه أقل ما قيل .

وهـٰذه مخففة من ثلاثة أوجه :

كونها على العاقلة ، ومؤجلة ، ومن جهة السن .

---

(١) في هامش (ز) : (لأن العمد كبيرة فناسب التغليظ) .

(٢) في هامش (ز) : (تنبيه : إذا علمت ذلك . . فقد علمت أن المعتبر في الحقاق والجذاع الإناث ، والتعبير بالحقاق والجذاع يوهم إجزاء الذكور ؛ فإن الحقاق وإن أطلقت على الذكور والإناث ، فالجذاع مختصة بالذكور ، فلذلك عبر شيخنا في « المنهج » : بحقات وجذعات) .

(٣) أبو داوود (٤٥٣٣) ، والترمذي (١٣٨٦) ، والنسائي (٨/ ٤٣) ، وابن ماجه (٢٦٣١) .

فَإِنْ قَتَلَ خَطَأً فِي حَرَمِ مَكَّةَ أَوْ ٱلأَشْهُرِ ٱلْحُرُمِ : ذِي ٱلْقَعْدَةِ وَذِي ٱلْحِجَّةِ وَمُحَرَّمٍ وَرَجَبٍ ، أَوْ مَحْرَماً ذَا رَحِمٍ . . فَمُثَلَّثَةٌ . . . .

قال : (**فإن قتل خطأً في حرم مكة**[1] **أو الأشهر الحرم : ذي القَعدة وذي الحجة ومحرم ورجب ، أو مَحرماً ذا رحم . . فمثلثة**) عمداً كان أو خطأً ، فالخطأ هنا ملحق بالعمد في التثليث ؛ لأن الصحابة غلظوا في هـٰذه الأحوال وإن اختلفوا في كيفية التغليظ :

فقال عمر : (من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في شهر حرام . . فعليه دية وثلث)[2] .

وقضىٰ عثمان في امرأة وطئت في الطواف بديتها : ستة آلاف درهم وألفين ؛ تغليظاً للحرم[3] .

وعن ابن عباس : أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال : (ديته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف) رواها البيهقي [٨/ ٧١] ، وأجمعت الصحابة علىٰ ذلك ، وهـٰذا لا يدرك بالاجتهاد بل بالتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم .

فالأول من أسباب التغليظ : أن يقع القتل في حرم مكة فتغلظ به دية الخطأ ، سواء كان القاتل والمقتول في الحرم أم كان فيه أحدهما كجزاء الصيد[4] .

قال تعالىٰ : ﴿ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ ﴾ .

وقال صلى الله عليه وسلم : « إن أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ، ورجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل بدخل في الجاهلية » رواه أحمد [٢/ ١٨٧] والحاكم [٤/ ٣٤٩] وقال : صحيح الإسناد . و(العتو) : التجبر . وقوله : (غير قاتله) مجاز ؛ جعل قاتل مورثه قاتلاً له .

---

(١) في هامش (ز) : (الخطأ هنا غاية لا قيد) .
(٢) أخرجه البيهقي (٨/ ٧١) .
(٣) البيهقي (٨/ ٧١) .
(٤) في هامش (ز) : (لأن لها تأثيراً في الأمر بدليل إيجاب جزاء الصيد) .

. . . .

ومنه حديث خيبر : « تحلفون وتستحقون دم قاتلكم »[1] . و(الدخل) بالدال المهملة : الحقد والعداوة ، والجمع : دخول .

ويلتحق بالقتل في الحرم : ما لو جرحه فيه فخرج ومات في غيره ، بخلاف عكسه . ولا تغلظ بحرم المدينة ولا بالقتل في الإحرام على الأصح فيهما[2] .

والثاني : أن يقتل في الأشهر الحرم ؛ لعظم حرمتها[3] .

ولا يلتحق بها شهر رمضان وإن كان سيد الشهور[4] ؛ لأن المتبع فيه التوقيف ، قال تعالىٰ : ﴿ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنفُسَكُمْ ﴾ ، والظلم في غيرهن محرم أيضاً ، وقال تعالىٰ : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ ﴾ .

والصحيح في كيفية عدها : ما قاله المصنف .

وعن الكوفيين أنه يقال : المحرم ورجب وذو القعدة وذو الحجة .

قال ابن دحية : وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا نذر صيامها ، فعلى الأول : يبتدىء بالقعدة ، وعلى الثاني : بالمحرم .

وأدخلت (الألف) و(اللام) على المحرم دون غيره من الشهور ؛ لأنه أولها فعرفوه بذلك ، كأنهم قالوا : هـٰذا الذي يكون أبداً أول السنة .

وسمي المحرم ؛ لتحريم القتال فيه ، وقيل : لتحريم الجنة فيه علىٰ إبليس ، حكاه صاحب « المستعذب » .

ورجب جمعه : رجبات وأرجاب ورجاب ورجوب ، وفي اشتقاقه أقوال مشهورة ، ويقال له : الأصم والأصب ومنصل الأسنة .

---

(١) أخرجه البخاري (٣١٧٣) ، ومسلم (١٦٦٩) .

(٢) في هامش (ز) : (لأن حرمته عارضة بخلاف المكان ، ولم يرد فيه أيضاً من التغليظ ما ورد في القتل في الحرم) .

(٣) في هامش (ز) : (وفي هـٰذا إشكال وهو : أن حرمة القتال فيها منسوخة ، فكيف يعتبر ذلك؟ وقد أجاب القفال كما نقل القاضي في « الأسرار » بأن في حرمة الحرم وجهين ، ثم الحرمة وإن زالت بقي الأثر ، كما أن دين اليهود نسخ وبقيت الحرمة) .

(٤) في هامش (ز) : (بل ولا ليلة القدر) .

. . . .

وفي « روضة الفقهاء » : لم يعذب الله أمة في شهر رجب ، وفيه نظر ؛ لأن قوم نوح أغرقهم الله فيه كما قاله الثعلبي وغيره .

وذو القعدة وذو الحجة تقدم ضبطهما في (باب المواقيت) .

والثالث : قتل ذي رحم محرم[1] ؛ لما فيه من قطيعة الرحم وتأكد الحرمة .

وكونه ذا محرم لا بد منه ، وهو من زوائده على « المحرر » كما نبه عليه في « الدقائق » .

و(المَحْرَم) : الذي يحرم نكاحه لو كان أحدهما أنثىٰ والآخر ذكراً .

ولا تتغلظ بقتل القريب غير المحرم على الصحيح .

وعن القفال ـ واختاره الشيخ أبو محمد[2] والقاضي الروياني ـ : أنها تغلظ ؛ لما فيه من قطيعة الرحم وتأكد الحرمة .

ولا تلحق حرمة الرضاع والمصاهرة بحرمة النسب في هـٰذا الباب .

وعند أبي حنيفة ومالك : هـٰذه الأسباب الثلاثة لا تقتضي التغليظ .

السبب الرابع : أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد ، وقد قدمه المصنف في أول الباب .

وكذلك قيد هـٰهنا القتل بالخطأ ؛ إشارة إلىٰ أن التغليظ إنما يظهر فيه ؛ لأن الشيء إذا انتهىٰ نهايته لا يقبل التغليظ ، كالأيمان في القسامة .

ونظيره قولهم : المكبر لا يكبر ؛ لعدم التثليث في غسلات الكلب .

فرع :

الصبي والمجنون إذا كانا مميزين وقتلا في الأشهر الحرم أو ذا رحم . . قال ابن الرفعة : لم أر في التغليظ عليهما بالتثليث نقلاً ، فيحتمل أن يقال به ، ويحتمل ألا

---

(١) في هامش (ز) : (كالأم والأخت) .
(٢) في (ص) : (أبو حامد) .

وَٱلْخَطَأُ وَإِنْ تَثَلَّثَ . . فَعَلَى ٱلْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ ، وَٱلْعَمْدُ عَلَى ٱلْجَانِي مُعَجَّلَةٌ ، وَشِبْهُ ٱلْعَمْدِ مُثَلَّثَةٌ عَلَى ٱلْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ . . . .

تغلظ ؛ لأن التغليظ يلحق الخطأ بشبه العمد ، وليس لهما شبه عمد ، فالملحق به أولىٰ بالعدم[1] .

قال : (**والخطأ وإن تثلث**[2] . . **فعلى العاقلة مؤجلة**) أي : في ثلاث سنين ، فتغليظها من وجه واحد وتخفيفها من وجهين كشبه العمد .

قال : (**والعمد على الجاني معجلة**) ؛ لأنها قياس بدل المتلفات .

قال : (**وشبه العمد مثلثة على العاقلة مؤجلة**)[3] ، فهي مخففة من وجهين مغلظة من وجه واحد وهو التثليث ؛ لما روىٰ أبو داوود [٤٥٥٤] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ، ولا يقتل صاحبه » ورجاله ثقات .

ولأن شبه العمد متردد بين الخطأ والعمد ، فأعطي حكم هـٰذا من وجه وهـٰذا من وجه .

وفي وجه : أنها لا تجب على العاقلة .

ويجوز في قوله : (معجلة ومؤجلة) الرفع والنصب .

---

(١) في هامش (ز) : (تنبيه مهم : لا يختص التغليظ بقتل النفس كما توهمه عبارة المصنف ، بل ما يجب فيه من الأطراف بل والمنافع وأرش الجروحات المقدرة وإن قلت ، ولا يجري في الحكومات وإن زادت على أقل الأروش المقدرة كما صرح به الماوردي ، فيجب مثلاً في قطع اليد خطأ خمسون : عشر بنات مخاض وعشر بنات لبون وعشرة بني لبون وعشر حقاق وعشر جذعات ، وفي قطعها عمداً أو خطأ مهما كان خمس عشرة حقة وخمس عشرة جذعة وعشرون خلفة ، والله أعلم) .

(٢) في هامش (ز) : (بشيء مما مر) .

(٣) في هامش (ز) : (وسيأتي في الباب التالي في الشرح : أن المعنىٰ في وجوب الدية على العاقلة : أن القبائل في الجاهلية كانوا يقومون بنصرة الجاني منهم ويمنعون أولياء الدم من أخذ حقهم ، فأبدل الشارع تلك النصرة ببدل المال ، وإنما خص تحملهم بالخطأ ؛ لأنهما مما يكثر لا سيما في متعاطي الأسلحة ، فحسنت إعانته ؛ لئلا يتضرر بما هو معذور فيه) .

وَلاَ يُقْبَلُ مَعِيبٌ وَمَرِيضٌ إِلاَّ بِرِضَاهُ . وَيَثْبُتُ حَمْلُ ٱلْخَلِفَةِ بِأَهْلِ ٱلْخِبْرَةِ ، وَٱلأَصَحُّ : إِجْزَاؤُهَا قَبْلَ خَمْسِ سِنِينَ ، . . . .

قال : (**ولا يقبل معيب ومريض**) ؛ لأن الشرع أطلقها فاقتضت السلامة ، ولو كانت إبله كذلك قياساً علىٰ سائر أبدال المتلفات ، بخلاف الزكاة ، حيث يؤخذ فيها المريض والمعيب من مثلهما ؛ لأنهما استحقاق جزء من نفس المال ، والدية تجب في الذمة ، فاشترط فيها الصحة والسلامة .

فعلىٰ هـٰذا : تجب على العاقل والقاتل من جنس إبلهم سليماً .

والعيب هنا ما أثر في المالية وأثبت الرد في البيع ، بخلاف عيب الكفارة والأضحية كما تقدم .

وعطف المصنف المريض على المعيب من عطف الخاص على العام ، أو لنفي توهم أخذه كما في زكاة المال ؛ فإنه قال هناك : (ولا تؤخذ مريضة ولا معيبة إلا من مثلها) .

قال : (**إلا برضاه**) أي : برضا المستحق ؛ لأن الحق له فله إسقاطه[1] .

قال : (**ويثبت حمل الخلفة بأهل الخبرة**)[2] المراد : بقول عدلين منهم .

فإذا أخذت بقولهما أو بتصديق المستحق[3] فماتت عند المستحق وتنازعا في الحمل . . شق جوفها ليعرف ، فإن بان أنها لم تكن حاملاً . . غرمها المستحق وأخذ بدلها خلفة .

وفي وجه : يأخذ أرش النقص فقط ، والصحيح : الأول .

قال : (**والأصح : إجزاؤها قبل خمس سنين**) ؛ لصدق الاسم عليها .

والثاني : لا ؛ لأن الحمل قبل خمس سنين مما يندر ولا يوثق به[4] .

---

(١) في هامش (ز) : (ولقوله تعالىٰ : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾) .
(٢) في هامش (ز) : (ممن عادته قنية الإبل وسياستها) .
(٣) في هامش (ز) : (لأنه إذا كان له إسقاط الأصل فله إسقاط الصفة) .
(٤) في هامش (ز) : (فهي حامل قبل أوانها) .

وَمَنْ لَزِمَتْهُ وَلَهُ إِبِلٌ . . فَمِنْهَا ، وَقِيلَ : مِنْ غَالِبِ إِبِلِ بَلَدِهِ ، وَإِلاَّ . . فَغَالِبِ بَلَدِهِ ، أَوْ قَبِيلَةِ بَدَوِيٍّ ، . . . .

والمصنف تبع « المحرر » في التعبير بـ(الأصح) ، والصواب : الأظهر ؛ فإنهما قولان[1] .

قال : (**ومن لزمته وله إبل . . فمنها**)[2] ؛ لأنها تؤخذ علىٰ سبيل المواساة فكانت مما عندهم ، كما تجب الزكاة في نوع النصاب سواء كانت من نوع إبل البلد أو فوقها أو دونها[3] .

قال : (**وقيل : من غالب إبل بلده**) ؛ لأنها عوض متلف ، فلا يعتبر فيها ملك المتلف .

قال : (**وإلا . . فغالب بلده**) ، فإن لم تكن . . فمن غالب إبل أقرب البلاد إليهم كزكاة الفطر ، لـٰكن يستثنىٰ : ما إذا كان الأقرب عظيم المشقة والمؤنة ؛ فلا يلزم إحضاره وتسقط المطالبة بالإبل .

وضبط القاضي البعيد : بمسافة القصر فما فوقها ، والقريب : بما دونها ، وضبطه المتولي : بالحد المعتبر في السلم .

قال الإمام : ولو زادت مؤنة إحضارها علىٰ قيمتها في موضع العزة . . لم يلزم تحصيلها .

قال : (**أو قبيلة بدوي**) ؛ طلباً للرفق ورعاية الأغلب .

فإن تفرقت العاقلة في البلدان أو القبائل . . أخذت حصة كل واحد باعتباره ، ومتىٰ تعين نوع . . فلا عدول إلىٰ ما فوقه أو دونه إلا بالتراضي .

---

(١) في هامش (ز) : (كما في « الشرحين » و« الروضة » ، وحكاهما جماعات) .

(٢) في هامش (ز) : (ظاهر قوله : « فمنها » تعيينها وأنه لا يلزمه قبول غيرها وإن كانت من نوعها مثلها أو أشرف منها ، وليس كذلك ؛ ففي « الروضة » [٩/٢٦١] و« أصلها » : لو دفع نوعاً غيرها في بلد . . أجبر المستحق على قبوله إن كانت غالب البلد) .

(٣) في هامش (ز) : (فإن كانت من غالب إبل البلد . . أجزأت قطعاً) .

وَلاَ يَعْدِلُ إِلَىٰ نَوْعٍ وَقِيمَةٍ إِلاَّ بِتَرَاضٍ ، ....

وإذا كان الاعتبار بإبل البلد أو القبيلة فكانت نوعين أو أكثر ولا غالب فيها فالخيرة . . إلى الدافع .

وإذا اعتبرنا إبل من عليه فتنوعت كالبَخاتي والعراب والمهرية والحجازية . . فوجهان :

أحدهما : تؤخذ من الأكثر ، فإن استويا . . دفع ما شاء .

والثاني : تؤخذ من كل نوع بقسطه إلا أن يتبرع فيعطي الجميع من الأشرف .

وبالأول جزم الغزالي ، ونسب الإمام الثاني إلى العراقيين ، ولم يصحح في « الروضة » منهما شيئاً[1] .

قال : (**ولا يعدل إلىٰ نوع وقيمة إلا بتراض**) ، كما لو أتلف مثلياً وتراضيا علىٰ قيمته مع وجود المثل .

قال صاحب « البيان » : هٰكذا أطلقوه ، وليكن ذلك مبنياً علىٰ جواز الصلح عن إبل الدية .

والصحيح في « الروضة » في (كتاب الصلح) : أنه لا يجوز التراضي علىٰ أخذ العوض عن الإبل على الأصح عند الجمهور إذا لم توجب الجناية قصاصاً .

وحمل ابن الرفعة الكلام في الصلح علىٰ ما إذا كانت مجهولة الصفة ، والكلام هنا علىٰ ما إذا تعينت[2] ، قال : ومثل ذلك لا يمنع الاعتياض .

---

(١) في هامش (ز) : (**تنبيه** : قضية كلامه تبعاً للرافعي : أن المراد بالبلد والقبيلة بلد الجاني والعاقلة لا القتيل ، ونقله في « المطلب » عن القاضي والماوردي والفوراني ، وإنه ظاهر نص « الأم » ، قال : ويحتمل أن يراد به محل القتيل كما يعتبر في قيم المتلفات غالب نقد البلد الذي وقع التلف فيه وأيده بنص الشافعي رضي الله عنه على أن بعض العاقلة لو كان غائباً عن بلد القاتل فكالعدم ، وستأتي فيه زيادة) .

(٢) في هامش (ز) : (فإنها إذا تعينت . . قرر الصلح عليها كما صرح به الغزالي في « بسيطه » ، فظهر على ابن الرفعة) .

وفي وجه : أن الجاني مخير بين الإبل والدراهم المقدرة على القديم .

وعبارة المصنف صريحة في أنه لا يعدل إلىٰ نوع فوق الواجب ، وبذلك صرح الرافعي ؛ إذ قال ـ وتبعه في « الروضة » ـ : ومهما تعين نوع . . فلا يعدل إلىٰ ما دونه أو فوقه إلا بالتراضي .

والذي نص عليه الشافعي وعليه جرى القاضي حسين وسليم والبندنيجي : جواز العدول إلى الأعلىٰ .

وقال الماوردي : يجوز للقاتل العدول إلى الأعلىٰ دون الأسفل ، وللعاقلة إخراج الأدنىٰ ؛ لأنها تؤخذ منهم مواساة ، ومن الجاني استحقاقاً .

قال : (**ولو عدمت**[1] . . **فالقديم : ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم**) ؛ لما صح عن عمرو بن حزم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلىٰ أهل اليمن : أن علىٰ أهل الذهب ألف دينار ، وعلىٰ أهل الورق اثني عشر ألف درهم) .

وروى الشافعي [٣٤٧/١] والبيهقي [٧٦/٨] عن مكحول وعطاء أنهما قالا : أدركنا الناس علىٰ أن دية المسلم علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مئة من الإبل فقومها عمر رضي الله عنه بألف دينار أو اثني عشر ألف درهم .

وروى ابن حبان : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ في الدية بألف مثقال) .

وفي « البيهقي » [٧٩/٨ بنحوه] عن أبي هريرة أنه قال : (إني لأستغفر[2] الله في كل يوم قدر ديتي اثني عشر ألفاً) .

والمراد بـ(عدمها)[3] : ألا توجد أو توجد بأكثر من ثمن المثل[4] .

(١) في هامش (ز) : (أي : في المحل الذي يحصلها به ، أو وجدت فيه بأكثر من ثمن المثل ، أو بعدت وعسرت بشح النقل ومؤنته ، وضبطه بعضهم بمسافة القصر ، والإمام بزيادة المؤنة علىٰ قيمتها في موضع العسر) .

(٢) كذا في النسخ ولعل الصواب : « لأُسبح » كما في البيهقي .

(٣) في هامش (ز) : (ولو عبر بالإعواز « كالتنبيه » . . كان أحسن ؛ لأنه يشمل ذلك جميعه) .

(٤) في هامش (ز) : (هـٰذا شرعي ، وكذلك إذا وجدها معيبة) .

. . . .

وعند أبي حنيفة : الدراهم مقدرة بعشرة آلاف ، وحكاه ابن كَج وجهاً لبعض الأصحاب .

والاعتبار بالدراهم والدنانير المضروبة الخالصة[١] .

وذكر الإمام : أن الدافع يتخير بين الدراهم والدنانير .

وقال الجمهور : علىٰ أهل الذهب ذهب ، وعلىٰ أهل الورق ورق ، فـ(أو) في عبارة المصنف علىٰ هـٰذا للتنويع[٢] .

وإذا كان الواجب دية مغلظة ؛ بأن قتل في الحرم أو قتل عمداً أو شبه عمد . . فهل يزاد للتغليظ شيء؟ فيه وجهان :

أصحهما : لا ؛ لأن التغليظ في الإبل إنما ورد بالسن والصفة لا بزيادة العدد وذلك لا يوجد في الدراهم والدنانير ، وهـٰذا أحد ما احتج به علىٰ فساد القول القديم .

والثاني : أنه يزاد ثلث المقدر تغليظاً فتجب ستة عشر ألف درهم أو ألف دينار وثلاث مئة وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار ، وبه قال أحمد ، فلو تعدد سبب التغليظ ؛ بأن قتل محرماً في الحرم . . فوجهان :

أصحهما : أنه لا يزاد على الثلث شيء ولا يتكرر التغليظ ، كما لو قتل المحرم صيداً[٣] لا يلزمه إلا جزاء واحد .

والثاني : أنه يزاد لكل سبب ثلث الدية ؛ لما سبق من قضاء الصحابة بذلك ، فيجب في قتل المحرم في الحرم عشرون ألفاً .

فإن انضم إليه الوقوع في الأشهر الحرم . . وجب أربعة وعشرون ألفاً .

فإن كان القتل شبه عمد . . وجبت ثمانية وعشرون ألفاً[٤] .

---

(١) في هامش (ز) : (ولا عبرة بنقد البلد المغشوش) .

(٢) في هامش (ز) : (لا التخيير) .

(٣) في هامش (ص) : (أي : في الحرم) .

(٤) في هامش (ز) : (تنبيه : ظاهر ذلك : أن الدينار يقابل باثني عشر درهماً ، وبعده في « كتاب الجزية » عن الإمام : أنه عندنا يقابل بعشرة إلا في الجزية فباثني عشر ؛ لقضاء عمر رضي الله=

وَٱلْجَدِيدُ : قِيمَتُهَا بِنَقْدِ بَلَدِهِ ، . . . .

قال : (**والجديد : قيمتها**)(١) ؛ لما روىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقوم الإبل علىٰ أهل القرىٰ ، فإذا غلت . . رفع في قيمتها ، وإذا هانت . . نقص من قيمتها) رواه الشافعي [١/٣٤٨] وأبو داوود [٤٥٥٣] وابن ماجه [٢٦٣٠] والنسائي [٨/٤٢] والبيهقي [٨/٧٦] .

ولأنها بدل متلف فيرجع إلىٰ قيمتها عند إعواز أصله .

قال : (**بنقد بلده**)(٢) ؛ لأنه أقرب من غيره وأضبط .

والضمير في قوله : (بلده) يرجع إلى البلد الذي يجب التحصيل منه ، لا إلىٰ بلد القتيل ، ولا للولي القابض .

وتراعىٰ صفتها في التغليظ إن كانت مغلظة ، فإن غلب نقدان . . قُوم بما شاءه الجاني .

فلو وجبت في بلد وهي موجودة في بلد يجب النقل من مثلها . . فالاعتبار في بلد الإعواز على الأصح ، وهل تعتبر قيمة موضع الوجود أو موضع الإعواز لو كانت فيه إبل؟ وجهان : أصحهما : الثاني ، وتعتبر قيمتها يوم وجوب التسليم .

فرع :

قال الإمام : لو قال المستحق عند إعواز الإبل : لا أطالب الآن بشيء وأصبر إلىٰ أن توجد . . الظاهر : أن الأمر إليه ؛ لأن الأصل هو الإبل ، ويحتمل أن يقال : لمن عليه أن يكلفه قبض ما عليه ؛ لتبرأ ذمته .

قال : ولم يصر أحد من الأصحاب إلىٰ أنه إذا أخذ الدراهم ثم وجدت الإبل . . أنه

= عنه به ، وحمله الأصحاب علىٰ أن قيمته كانت في اثني عشر درهماً وما إذا ادعاه لا نوافق عليه « زركشي ») .

(١) في هامش (ز) : (يوم وجوب التسليم في مكان الإعواز لو كانت فيه) .

(٢) في هامش (ز) : (كان ينبغي أن يقول : بغالب نقد بلده كما صرح به الرافعي في « كتاب النفقة ») .

فَإِنْ وُجِدَ بَعْضٌ . . أُخِذَ وَقِيمَةَ ٱلْبَاقِي . وَٱلْمَرْأَةُ وَٱلْخُنْثَىٰ كَنِصْفِ رَجُلٍ نَفْساً وَجُرْحاً ، . . . .

يرد الدراهم ويرجع إلى الإبل ، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثلي لإعواز المثل ثم وجده ؛ ففي الرجوع إلى المثل خلاف .

قال : (**فإن وُجد بعضٌ . . أَخذ وقيمةَ الباقي**) ، هـٰذا تفريع على الجديد[1] ؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور .

أما على القديم . . فيأخذ الموجود وقسط الباقي من النقد .

وقال المتولي : لا يجبر علىٰ قبول الموجود ؛ حتىٰ لا يختلف عليه حقه .

هـٰذا بالنسبة إلى الجواز ، أما الوجوب . . فأظهر احتمالي الإمام : أنه لا يجبر على القبول وله أن يؤخر إلىٰ أن يجد الإبل ، ويحتمل الوجوب ؛ لتبرأ ذمته .

قال : (**والمرأة والخنثىٰ كنصف رجل نفساً وجرحاً**) ، شرع يتكلم في الأربعة المنقصات ، فذكر منها : الأنوثة والكفر ، ولم يذكر الرق والاجتنان ؛ لأنه أفردهما بفصلين .

فدية المرأة على النصف من دية الرجل ، سواء قتلها رجل[2] أو امرأة ، فيجب في الحرة المسلمة في القتل العمد وشبهه خمسون من الإبل : خمس عشرة حقة ، وخمس عشرة جذعة ، وعشرون خَلِفة .

وفي الخطأ : عشر بنات مخاض ، وعشر بنات لبون[3] ، وعشر حقاق ، وعشر جذاع ؛ لما روى الشافعي والبيهقي[4] عن عمر وعثمان وعلي والعبادلة : أنهم أفتوا بذلك ، ولم يخالفهم أحد[5] .

---

(١) في هامش (ز) : (وهو الرجوع إلىٰ قيمتها عند العقد) .

(٢) في هامش (ز) : (وروى البيهقي خبر : « دية المرأة نصف دية الرجل » وألحق بنفسها دونها وبها الخنثى للشك في الزائد . اهـ

تنبيه : ظهر أنه لو أخر حكم المرأة والخنثى عن الكلام علىٰ ديات الكفار . . لكان أولىٰ) .

(٣) في هامش (ز) و(ص) : (لعله : وعشرة بني لبون) .

(٤) انظر « البيهقي » (٨/ ٧٥) وقارن بما جاء هنا ، والله أعلم .

(٥) في هامش (ز) : (فصار إجماعاً) .

. . . .

ووقع في « الرافعي » هنا : أن العبادلة : ابن مسعود ، وابن عمر ، وابن عباس ، وسبقه إلىٰ ذلك الزمخشري في « المفصل » .

والمشهور : أنهم أربعة آباؤهم صحابيون : ابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير ، وابن عمرو بن العاصي .

قال المصنف : ووقع في « الصحاح » إبدال ابن العاصي بابن مسعود ، وهو إنما عدهم ثلاثة وأخرج ابن الزبير منهم .

وقد نص أحمد علىٰ : أنهم أربعة وأن ابن مسعود ليس منهم .

ودية أطراف المرأة وجراحاتها على النصف أيضاً من أطراف الرجل وجراحاته على الجديد ؛ فيجب في يديها في العمد خمس وعشرون من الإبل : عشر خلفات ، وسبع حقاق ونصف ، وسبع جذاع ونصف .

وفي موضحتها : بعيران ، ونصف خلفة ، ونصف وربع حقة ، ونصف وربع جذعة ، وعلىٰ هـٰذا الحساب في جميع الأعضاء والجراحات التي لها أرش مقدر .

وفي القديم قول : إنها تساوي الرجل إلىٰ تمام ثلث الدية .

فإذا زاد الواجب على الثلث.. صارت إلى النصف ؛ ففي إصبع منها عشر من الإبل ، وفي إصبعين عشرون ، وفي ثلاث ثلاثون ، وفي أربع عشرون .

وروي عن مالك وأحمد[1] : والخنثىٰ كالمرأة[2] ؛ لاحتمال الأنوثة .

واقتصر المصنف على النفس والجرح ، وألحق بهما في « المحرر » الأطراف ، وحذفه المصنف ، وهو حسن ؛ لأن الخنثىٰ لا يلحق بها في الأطراف مطلقاً ، فإن في حلمتيها نصف ديتها[3] ، وفي حلمتيه أقل الأمرين من دية المرأة والحكومة .

---

(١) في هامش (ص) : (هـٰذا مشهور مذهبهما) .

(٢) في هامش (ز) : (كان ينبغي للمصنف تقييده الخنثىٰ بالمشكل ، فإن الواضح ذكورته يلتحق بالرجل ، وأن يقيد المرأة بالحرة قال ابن خيران : ولا يستوي الرجل والمرأة إلا إذا كان رقيقاً فإن الواجب القيمة ؛ لأن طريقه مطلق السلع) .

(٣) في هامش (ز) : (صوابه : وحلمتيها ديتها ، وتبع فيما ذكر الزركشي ، ولعله سبق قلم منه ، ووهم من الشارح) اهـ

وَيَهُودِيٌّ وَنَصْرَانِيٌّ ثُلُثُ مُسْلِمٍ ، وَمَجُوسِيٌّ ثُلُثَا عُشْرِ مُسْلِمٍ ، . . . .

قال : (**ويهودي ونصراني ثلث مسلم**[1]) ، ذمياً كان أو مستأمناً أو معاهداً ؛ فإن الشافعي رواه كذلك عن عمر بإسناد صحيح .

وروىٰ عبادة بن الصامت : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم » ، لـٰكن رواه الشافعي [١/ ٣٥٤] والبيهقي [٨/ ١٠٠] من قول ابن المسيب .

وروىٰ عبد الرزاق [١٨٤٧٤] عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب : (أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض علىٰ كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم) فاعتبر الثلث في الدراهم ، وقسنا عليه الإبل والذهب[2] ، ولأن العلماء اختلفوا : فمنهم من أوجب جميع دية المسلم كأبي حنيفة ، ومنهم من أوجب النصف كمالك وعمر بن عبد العزيز[3] .

وقال أحمد : في قتله عمداً دية مسلم ، وخطأ نصفها .

وأوجب جماعة الثلث ، فكأنهم اتفقوا علىٰ أنه لا أقل منه ، وانتفاء ما زاد معلوم ببراءة الذمة ، والأطراف والجروح بالقياس على النفس .

والسامرة والصابئون إن ألحقوا بهم في الجزية والذبائح والمناكحة . . فكذلك في الدية ، وإلا . . فديتهم ـ إن كان لهم أمان ـ دية المجوس .

قال : (**ومجوسي ثلثا عشر**) دية (**مسلم**)[4] ؛ لأن عمر رضي الله عنه جعلها ثماني

---

(١) في هامش (ز) : (تنبيه : لو عبر بالذمي أو بالكتابي . . لكان أحصر وأحسن ؛ لأنه قد يكون اليهودي والنصراني لا يتناوله حكم النصّ ، وبالكتابي عبر شيخنا في « المنهج » ، قال الزركشي : نعم ؛ هو أي : التعبير باليهودي والنصراني أحسن من قوله ؛ لشموله الذمي والمستأمن والمعاهد ، إلا أن يقال حكم غير المعصوم معلوم لأمر ، وهو ما استند إليه شيخنا) .

(٢) في هامش (ز) : (وقسنا بالمسلم غيره ممن يضمن بإتلافه) .

(٣) في هامش (ز) : (وممن ذهب إليه عمر وعثمان ، ولم نعلم أحداً نقص عن ذلك) .

(٤) في هامش (ز) : (تنبيه : التعبير بـ« ثلثي عُشر » ذكره الأصحاب ، وهو مخالف لطريقة الحساب ؛ فإن قاعدتهم في طرفين أحدهما جزء أكبر والآخر أصغر أنهم يأخذون اسم الجزء=

وَكَذَا وَثَنِيٌّ لَهُ أَمَانٌ ، . . . .

مئة درهم ، رواه الشافعي [٣٥٤/١] والبيهقي [١٠١/٨] بإسناد صحيح ، وانتشر في الصحابة بلا نكير فكان إجماعاً .

ولأن مثل هـٰذه التقديرات لا تعقل إلا بتوقيف .

ولأن اليهود والنصارىٰ كان لهم كتاب ودين حق بالإجماع ، وتحل مناكحتهم وذبائحهم ، ويقرون بالجزية ، وليس للمجوس من هـٰذه الخمسة إلا التقرير بالجزية ، فكانت ديتهم خمساً ، وهي من الإبل ستة وثلثان ، في التثليث : حقتان وجذعتان وخلفتان وثلثان ، وفي التخميس : من كل سن واحدة وثلث .

وعند أبي حنيفة : ديته ودية الذمي كدية المسلم ، ودية نساء الصنفين على النصف من دية رجالهم[١] .

وفي وجه : أن دية المجوسية كدية الرجل منهم .

قال : (**وكذا وثني له أمان**[٢]) ؛ لأنه كافر لا تحل مناكحته للمسلم ، ومثله عابد الشمس والقمر[٣] .

وسكت الشيخان هنا عن المتولد بين مختلفي الدية كما لو كان أحد أبويه كتابياً والآخر مجوسياً ، وتعرضوا له بالنسبة إلى الغرة ، وصححوا : أنه يعتبر بأكثرهما بدلاً ؛ لأن شغل الذمة قد تحقق ، وشككنا في براءتها بالأقل ، وهو هنا كذلك .

وقد جزم به الرافعي في (باب الجزية) ، وكذا الماوردي ، ونقله عن نص « الأم »[٤] .

= الأكبر فكأن الصواب أن يقول : ثلث خمس ، وعبر ابن يونس في « شرح التنبيه » بخمس الثلث ، قال : لأنه أخصر ، ولا شك في ترادفهما على معنىً واحد) .

(١) في هامش (ز) : (فهـٰذا كله في الذكر ، وكان ينبغي للمصنف التصريح به كما فعل في « المحرر » ؛ فإن دية الأنثى منهم على النصف من الذكر) .

(٢) في هامش (ز) : (كان ينبغي أن يقول : لهما أمان ، أي : المجوسي والوثني) .

(٣) في هامش (ز) : (إذا دخلوا إلينا بأمان ، وكذا الزنديق) .

(٤) في هامش (ز) : (ولفظه : أُلحق بأكثر أبويه ديةً) .

و(الوثني) : عابد الوثن ، وهو الصنم .

فإن قيل : يشكل على الأئمة الأربعة ما في « سنن أبي داوود » [٢٩٨٣] في (كتاب قسم الفيء) عن مجاعة بن مرارة السدوسي وكان رئيساً من رؤساء بني حنيفة : أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم يطلب دية أخيه قتلته بنو سدوس من بني ذهل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لو كنت جاعلاً لمشرك دية . . جعلتها لأخيك ، ولـٰكن سأعطيك منه عقبىٰ » ؛ يعني : نصيباً ، فكتب له النبي صلى الله عليه وسلم بمئة من الإبل من أول خمس يخرج من مشركي بني ذهل . . فالجواب : أنه صلى الله عليه وسلم أعطاه ذلك تألفاً له ولمن وراءه من قومه على الإسلام .

قال : (**والمذهب : أن من لم يبلغه الإسلام**[١] **إن تمسك بدين لم يبدل . . فدية دينه**[٢]) ؛ لأنه ثبت له بذلك نوع عصمة ، فألحق بالمستأمن من أهل دينه .

وفي وجه : تجب دية مسلم ؛ لأنه ولد على الفطرة ولم يظهر منه عناد ، والنسخ لا يثبت قبل بلوغ الخبر .

قال الشافعي : ولم يبق من لم تبلغه الدعوة[٣] ، ولـٰكن لو تصور . . لم يجز قتله قبل الإعلام والدعاء إلى الإسلام ، ولو قتل . . لزمت الكفارة بقتله مطلقاً ؛ لمكان العذر ، بناء علىٰ أن العقل وحده لا تقوم به الحجة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ .

فمن لم تبلغه دعوة نبي أصلاً . . لا يجب القصاص بقتله على الصحيح ؛ لعدم التكافؤ ، وأوجبه القفال ؛ لأنهم لم يوجد منهم عناد ولا إنكار .

ولو لم يعلم : هل بلغته دعوة أو لا؟ ففي ضمانه وجهان ؛ بناء على الوجهين في أن

(١) في هامش (ز) : (أي : دعوة نبينا صلى الله عليه وسلم) .
(٢) في هامش (ز) : (فإن كان كتابياً . . فدية كتابي ، وإن كان مجوسياً . . فدية مجوسي) .
(٣) في هامش (ز) : (إلا أن يكون قوماً من الترك ، قال السبكي : هـٰذا في زمن الشافعي ، وأما الآن . . فلا أرىٰ أحداً إلا بلغته الدعوة) اهـ

أصل الناس على الإيمان حتىٰ كفروا بتكذيب الرسل ، أو على الكفر حتىٰ آمنوا بهم .

فرع :

الزنديق إذا دخل إلينا بأمان . . هل يجب بقتله شيء؟ تردد فيه الجويني : ففي حال : ألحقه بالمرتد ، وفي حال : ألحقه بالوثني ، وصححه الرافعي والمصنف .

قال : (**وإلا . . فكمجوسي**) أي : إذا لم يتمسك بدين لم يبدل ، بل بدين قد بدل . . تجب فيه أخس الديات ، وهي دية المجوسي .

وفي وجه ثان : تجب دية أهل دينه .

وفي ثالث : لا يجب شيء ؛ لأنه ليس علىٰ دين حق ولا عهد له ولا ذمة .

وقوله : (فالمذهب) صوابه : الأصح .

أما قتل الجميع قبل الإعلام . . فمحرم موجب للكفارة قطعاً ولا قصاص .

فرع :

من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر مع التمكن من الهجرة أو دونه إذا قتله مسلم . . تعلق به القود والدية بشرطه ؛ لأن العصمة بالإسلام ثبتت له بنص السنة الصحيحة[1] .

وقال أبو حنيفة : لا يتعلق به ذلك ، والعصمة بالدار ولم توجد .

تتمة :

يراعىٰ في ديات الكفار التغليظ والتخفيف ، فعند التغليظ يجب في قتل اليهودي :

---

(١) في هامش (ز) : (أو لم تبلغه دعوة نبي أصلاً . . فطريقان :
أحدهما : فيه قولان : أرجحهما : وجوب الكفر ؛ لأنه لا دية له ، والثاني : دية مسلم ؛ لأنه معذور .
والثاني : أصل الناس قبل ورود الشرع الإيمان وفي هـٰذه الحالة يدخل في قوله ، وإلا . . فإنها تصدق على المبدل دينه وعلىٰ من لم تبلغه دعوة نبي البتة) .

فَصْلٌ :

فِي مُوضِحَةِ ٱلرَّأْسِ أَوِ ٱلْوَجْهِ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ ، . . . .

عشر حقاق ، وعشر جذاع ، وثلاث عشرة خلفة وثلث[1] .

وقال المتولي : لا يجري التغليظ في حق الكفار بالحرم ؛ لأنهم غير ممكنين من دخوله .

وعن الجويني وغيره : أن الواجب في دية المجوس الدراهم خاصة ، ولا تغلظ بل التغليظ خاص بالإبل .

قال : (**فصل**) عقده للديات الواجبة فيما دون النفس[2] ، وهي ثلاثة أنواع : شق ، وقطع يبين ، وإزالة منفعة .

النوع الأول : الجراحات ، وهي إما على الرأس أو على الوجه أو علىٰ سائر البدن .

قال : (**في موضحة الرأس أو الوجه لحر مسلم[3] خمسة أبعرة**) ؛ لما روىٰ أبو داوود [٤٥٥٥] والنسائي [٨/٥٧] وابن حبان [٦٥٥٩] والحاكم [١/٣٩٥] عن عمرو بن حزم : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي الموضحة خمس من الإبل » ، وقال بذلك أبو بكر وعمر ، وأفتىٰ به زيد بن ثابت ، ولا مخالف لهم .

ونقل ابن المنذر الإجماع في ذلك في موضحة الرأس .

وسواء في الوجه الجبينان والخدان[4] وقصبة الأنف واللحيان ، فكلها محل الإيضاح ؛ لأن فقهاء المدينة جعلوا ذلك سواء .

---

(١) في هامش (ز) : (ومن قتله خطأً ستة وثلثان من كل من بنات مخاض وبنات لبون وبني لبون وحقاق وجذعات ، ولو قتل مجوسي عمداً حقتان وجذعتان وخلفتان وثلثان ، وفي قتله خطأً بعير وثلث من كل سن مرادف) .

(٢) في هامش (ز) : (من الجرح وغيره) .

(٣) في هامش (ز) : (أي : ذكر) .

(٤) في هامش (ز) : (والجبهة) .

واحترز بذكر : (الوجه والرأس) عن موضحة ما عداهما كالعضد والساق ؛ فليس فيه إلا الحكومة كما سيأتي .

وأشار بقوله : (لحر مسلم) إلىٰ أن ذلك في حق من تجب فيه الدية الكاملة ، وهو الذكر الحر المسلم ، وهـٰذا القدر نصف عشر ديته ، فتراعىٰ هـٰذه النسبة في حق غيره من الأنوثة والكفر والرق .

فيجب في موضحة اليهودي نصف عشر ديته وهو بعير وثلثان ، وفي المرأة بعيران ونصف .

فلو قال المصنف : في الموضحة نصف عشر دية صاحبها .. كان أشمل وأخصر[1] .

فلو شملت الموضحة الجبهة والوجه .. ففي الاتحاد تردد للإمام : الأظهر : الاتحاد ؛ تنزيلاً لأجزاء الوجه منزلة أجزاء الرأس .

فلو كانت التي في الرأس موضحة والتي في الوجه متلاحمة .. وجب خمس من الإبل وحكومة على المشهور .

وسميت موضحة ؛ لأنها تبدي وضح العظم ، أي : بياضه ، وقد تقدم ما فيه .

و(الواضحة) : الأسنان التي تبدو عند الضحك .

قال طرفة [من السريع] :

كُـــلُّ خليـــلٍ كنـــتُ خـــاللتُـــهُ لا تـــركَ اللهُ لـــهُ واضحـــةْ

قال : (**وهاشمة مع إيضاح**[2] **عشرة**[3]) ؛ لما روى البيهقي [٨/ ٨٢] عن زيد بن ثابت : أنه قدر فيها ذلك .

---

(١) في هامش (ز) : (وبه عبر شيخنا في « المنهج ») .
(٢) في هامش (ز) : (ولو بسراية) .
(٣) في هامش (ز) : (وهـٰذا العدد هو عشر دية الحر ، والمعتبر في غيره عشر ديته ، فلو عبر بالعشر .. كان أولىٰ ؛ لما مر ، وبه عبر شيخنا في « المنهج ») .

وَدُونَهُ خَمْسَةٌ ـ وَقِيلَ : حُكُومَةٌ ـ وَمُنَقِّلَةٍ خَمْسَةَ عَشَرَ ، . . . .

والظاهر : أنه لا يقول ذلك إلا توقيفاً ، وإن لم يكن توقيفاً . . فهو قول صحابي لا مخالف له ، فكان إجماعاً .

وقيل : إن زيداً رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم .

وعن القديم : يجب فيها أرش موضحة وحكومة ، وبه قال مالك .

فلو هشم هاشمتين عليهما موضحة واحدة أو أوضح موضحتين تحتهما هاشمة واحدة . . كان ذلك هاشمتين .

وفي الثانية وجه : أنها هاشمة واحدة ، والقياس : أنها هاشمة وموضحة .

وفي « فروع ابن القطان » : إذا جرحه في رأسه مئة موضحة مع كل موضحة هشم . . الصحيح : أن عليه في كل واحدة عشراً عشراً .

وغلط بعض أصحابنا فقال : عليه في كل موضحة خمس من الإبل ، ولا يجب في الهشم إلا أرش واحد .

قال : (**ودونه خمسة**[1]) ؛ لأن ذلك هو القدر الزائد على الموضحة[2] .

قال : (**وقيل : حكومة**) ؛ لأنه كسر عظم بغير إيضاح ، فأشبه كسر سائر العظام .

قال : (**ومنقلة خمسة عشر**) روى النسائي [٨/٥٧] ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وادعى الماوردي فيه الإجماع[3] .

---

(١) في هامش (ز) : (كان ينبغي أن يقول علىٰ ما مر : نصف عشر ، وبه عبر شيخنا في « المنهج ») .

وفي هامشها أيضاً : (أطلق المصنف ذلك ، ومحله كما قال العبادي في « الرقم » وغيره : إذا لم يحوج الهشم إلى البطِّ والشق لإخراج العظم أو تقويمه ، فإن أحوجت . . وجب تمام أرش الهاشمة قطعاً ، وصرح بهـٰذا شيخنا في « المنهج » بقوله : وفي هاشمة أوضحت أو أحوجت له ، أي : للإيضاح) .

(٢) في هامش (ز) : (في مقابلة الهشم ، وقيل : حكومة) . وفي هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

(٣) في هامش (ز) : (بل حكاه في « الأم » ، وكذا ابن المنذر) .

وكان ينبغي للمصنف أن يقول : نصف العشر ؛ فإن الخمسة عشر إنما تجب في النفس الكاملة ، وفي المرأة نصفها ، وفي الكتابي خمسة .

ثم إن ما أطلقه من هـٰذا القدر في المنقلة محله : إذا نقل وأوضح كما صوره الرافعي ، وصرح به المصنف في (فصل قصاص الطرف) حيث قال : (ولو أوضح ونقل . . أوضح وله عشرة أبعرة) ، وعلىٰ هـٰذا : فهي مكررة في الكتاب .

أما إذا نقل من غير إيضاح . . فهل يجب عشر أو حكومة؟ وجهان حكاهما الرافعي .

ومقتضاه : أنه لا يجب فيها التكميل قطعاً ، لـٰكن جزم الماوردي بوجوب أرش المنقلة بكماله .

قال : بخلاف الهاشمة إذا لم يكن عليها إيضاح ؛ لأن المنقلة لا بد من إيضاحها لنقل العظم الذي فيها ، فلزم جميع ديتها ، والهاشمة لا تفتقر إلىٰ إيضاح ، فلم يلزم إلا قدر ما جنىٰ فيها .

ويشهد له إطلاق الشافعي وجمهور الأصحاب : أن في المنقلة خمسة عشر ، من غير تعرض لصفة إيضاح وغيره ، وجرىٰ عليه الرافعي في « المحرر » و« الشرح الصغير » .

قال : (**ومأمومة ثلث الدية**) ، كما في كتاب عمرو بن حزم .

قال في « البحر » : وهو إجماع ، وقال ابن المنذر : لم يخالف فيه إلا مكحول ، فأوجب ثلثيها إذا كان عمداً ، ولأنها جراحة دخلت إلى الجوف فكان فيها الثلث كالجائفة .

وفي الدامغة ما في المأمومة على الأصح المنصوص .

وقال الماوردي : الذي أراه تفضيلها بحكومة على المأمومة ؛ لخرق غشاء الدماغ .

وقيل : يجب تمام الدية ؛ لأنها تذفف ، والأول يمنع ذلك .

وَلَوْ أَوْضَحَ فَهَشَمَ آخَرُ ، وَنَقَّلَ ثَالِثٌ ، وَأَمَّ رَابِعٌ . فَعَلَىٰ كُلٍّ مِنَ ٱلثَّلَاثَةِ خَمْسَةٌ ، وَٱلرَّابِعِ تَمَامُ ٱلثُّلُثِ . . . .

قال : (**ولو أوضح فهشم آخر**[1] ، **ونقل ثالث ، وأم رابع . . فعلىٰ كل**) واحد (**من الثلاثة خمسة ، والرابع تمام الثلث**)[2] .

أما الأول . . فبسبب الإيضاح .

وأما الثاني . . فلأنه الزائد عليها من دية الهاشمة .

وأما الثالث . . فلأنه الزائد عليها من دية المنقلة .

والرابع : تمام الثلث ، وهو ثمانية عشر بعيراً وثلث بعير[3] ، وهو ما بين المنقلة والمأمومة[4] .

وقيل : يجب على الجميع ثلث الدية أرباعاً .

فلو خرق خريطة الدماغ خامس . . ففي « التهذيب » : أن عليه تمام الدية ، كمن حز رقبة إنسان بعد ما قطعت أطرافه ، وهـٰذا علىٰ طريقة من قال : الدامغة مذففة .

وصورة المسألة : ألا يموت المجني عليه ، فإن مات من الجميع . . وجبت ديتة عليهم بالسوية ؛ لأن القتل لا يفرق فيه بين الجرح الكبير والصغير ، قاله الفارقي في « فوائده » .

وما أطلقه من أن الواجب الخمس محله : عند العفو ، وإلا . . فالواجب القصاص ، وقد صرح به في « المحرر » ، حتىٰ لو أراد القصاص في الموضحة وأخذ الأرش من الباقين . . مكن ، نص عليه في « الأم » .

---

(١) في هامش (ز) : (في محل الإيضاح) .
(٢) في هامش (ز) : (تنبيهان : أحدهما : قوله : « علىٰ كل من الثلاثة خمسة » يوهم أنها على الجميع ، وإنما هي على كل واحد منهم ، وبه صرح في « المحرر » . التنبيه الثاني : إدخاله الفاء في قوله : « فهشم » يوهم اعتبار التعقيب ، وليس بشرط ، فلو عبر بالواو كـ« المحرر » . . لكان أولى ، وبها عبر شيخنا في « المنهج ») .
(٣) في هامش (ز) : (وهو عشر ونصفه وثلثه) .
(٤) في هامش (ز) : (أي : فضل أرش المأمومة على المنقلة) .

وَٱلشِّجَاجُ قَبْلَ ٱلْمُوضِحَةِ إِنْ عُرِفَتْ نِسْبَتُهَا مِنْهَا . . وَجَبَ قِسْطٌ مِنْ أَرْشِهَا ، وَإِلاَّ . . فَحُكُومَةٌ . . . .

قال : (**والشجاج**[١] **قبل الموضحة إن عرفت نسبتها منها**[٢] . . **وجب قسط من أرشها**) أي : من أرش الموضحة ، فإن كانت نصفاً أو ربعاً . . وجب بقسطه من أرش الموضحة ، فإن شككنا في قدرها من الموضحة . . أوجبنا له اليقين .

قال الأصحاب : وتعتبر مع ذلك الحكومة ، فيجب أكثر الأمرين من الحكومة وما يقتضيه التقسيط ؛ لأنه وجد سبب كل واحد منهما فيعتبر الأكثر .

وعن ابن سريج : أن لها أروشاً مقدرة بالاجتهاد كما قدرت الموضحة فما فوقها بالنص .

ففي الخارصة بعير ، وفي الدامية والدامغة بعيران ، وفي الباضعة والمتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة[٣] .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم تعرف نسبتها من الموضحة (. . **فحكومة**)[٤] ؛ إذ ليس لها أرش مقدر ، وهـٰذا التفصيل ذهب إليه الأكثرون[٥] ومنهم من أطلق : أن الواجب فيها الحكومة ؛ لأن التقدير يعتمد التوقيف ولا توقيف[٦] .

---

(١) في هامش (ز) : (الشجاج مثل : الموضحة والدامغة والخارصة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : بأن كان علىٰ رأسه موضحة إذا قيس بها الباضعة مثلاً . . عرف أن المقطوع ثلث أو نصف في عمق اللحم . « عجالة »[١٥٥٧]) .

(٣) في هامش (ز) : (إذا علمت ما ذكر . . فكلام المصنف مخالفِ لما ذكر ، أما مخالفة الأصحاب . . فلاقتضائه وجوب القسط قطعاً ، وليس كذلك ؛ فقد نقل عن الأكثرين : أنه تعتبر مع القسط الحكومة فيجب أكثر الأمرين من الحكومة وما يقتضيه التقسيط ، وأما مخالفة النص . . فلأنه أوجب الحكومة فيما إذا لم تعلم نسبتها ، والشافعي قد أعرض عنها واعتبر قول أهل الخبرة ، وأيضاً قوله : « وإلا فحكومة » يقتضي : أنه إذا لم يعرف نسبتها من الموضحة . . تجب الحكومة مطلقاً وليس كذلك) .

(٤) في هامش (ز) : (أي : ولا تبلغ أرش الموضحة) .

(٥) في هامش (ص) : (وهـٰذا ما قاله الرافعي) .

(٦) في هامش (ص) : (وهـٰذا ما نسبه الماوردي إلىٰ ظاهر النص وإلى الجمهور) .

كَجُرْحِ سَائِرِ ٱلْبَدَنِ . وَفِي جَائِفَةٍ ثُلُثُ دِيَةٍ ، وَهِيَ : جُرْحٌ يَنْفُذُ إِلَىٰ جَوْفٍ كَبَطْنٍ وَصَدْرٍ وَثُغْرَةِ نَحْرٍ وَجَبِينٍ وَخَاصِرَةٍ ، . . . .

قال : (**كجرح سائر البدن**) ، فإن فيه الحكومة فقط ؛ لأنه لا تقدير للشرع فيها ولم ينته شينها إلى المنصوص عليه ، وكذا الحكم في كسر عظامه وتنقيلها .

والفرق بين الإيضاح والنقل في الرأس وبينهما في غيره : أنهما في الرأس أشد خوفاً وشينهما أفحش .

قال : (**وفي جائفة ثلث دية**) ؛ لما روى النسائي [٨/٥٧] عن عمرو بن حزم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلىٰ أهل اليمن بذلك) ، وروي ذلك في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، رواه أحمد [٢/٢١٧] وأبو داوود [٤٥٥٣] .

وقال ابن المنذر : أكثر العلماء على القول به ، وتفرد مكحول عن الناس فقال : إن كانت عمداً . . ففيها الدية ، وإن كانت خطأ . . فثلثها .

وليس في البدن جراحة مقدرة غيرها ، ولهـٰذا عقبها المصنف بما سبق إشارة إلى الاستثناء .

قال : (**وهي : جرح ينفذ إلىٰ جوف كبطن وصدر وثُغرة نحر وجبين وخاصرة**) ، ولا فرق بين أن يجيف بحديدة أو خشبة ، ولا بين الصغير والكبير ، ولا بين أن تندمل أو لا ، ولا بين الواسعة والضيقة ، حتىٰ لو غرز إبرة فوصلت إلى الجوف . . فهي جائفة على الأصح .

وقيل : لا ، إلا أن يقول أهل الخبرة : إنه يخاف منه الهلاك .

وأشار بقوله : (وجبين) إلىٰ أن الجرح النافذ إلىٰ جوف الدماغ من الجبين جائفة كالجرح النافذ إلى البطن ، لـٰكن يرد على تمثيل المصنف : الداخلة إلىٰ باطن الفم والأنف ، وإلىٰ ممر البول من الذكر ، ومن الجفن إلىٰ بيضة العين ؛ فليس ذلك بإيجاف على الأصح في الجميع .

وعبارة « المحرر » : النافذة إلى الجوف الأعظم ، وهو أحسن ، بخلاف تعبير المصنف ؛ فإنه يوهم اعتبار ما يسمىٰ جوفاً .

وادعى ابن الرفعة في قول « التنبيه » إلىٰ جوف البدن : أن البدن يخرج ذلك ، فإن

وَلاَ يَخْتَلِفُ أَرْشُ مُوضِحَةٍ بِكِبَرِهَا . وَلَوْ أَوْضَحَ مَوْضِحَتَينِ بَيْنَهُمَا لَحْمٌ وَجِلْدٌ ، قِيلَ : أَوْ أَحَدُهُمَا . . فَمُوْضِحَتَانِ ، . . . .

لدغت الجائفة كبده أو طحاله . . لزمه مع ثلث الدية حكومة أيضاً ، ولو لم تنفذ إلا بكسر الضلع . . دخلت حكومته في دية الجائفة .

و(ثُغْرة النحر) بضم الثاء ، هي : النقرة بين الترقوتين ، والجمع : ثُغَر ، كقربة وقرب .

قال : (**ولا يختلف أرش موضحة**[1] **بكبرها**) كالأطراف ، سواء تولد منها شين فاحش أو لم يتولد ، فلا يجب في الجميع إلا خمس من الإبل ، ولو كثرت الموضحات . . تعدد واجبها .

وفي وجه : إن كثرت وزادت أروشها علىٰ دية النفس . . لم تجب إلا دية النفس ، كما سيأتي نظيره في الأسنان ، والأصح : الأول ، وتفارق الأسنان ؛ فإنها معلومة مضبوطة كالأصابع ، بخلاف المواضح ؛ فيجب أروشها بحسب وجودها .

قال : (**ولو أوضح موضحتين بينهما لحم وجلد ، قيل : أو أحدهما . . فموضحتان**)[2] .

أما في الأولىٰ . . لاختلاف الصورة ، وهو أحد أسباب التعدد ، سواء رفع الحديدة عن موضحة ثم وضعها علىٰ موضع آخر فأوضحه ، أو جرها على الرأس من الموضحة الأولىٰ ثم تحامل عليها في الموضع الآخر فأوضحه وبقي اللحم والجلد بينهما .

وفي الصورة الثانية وجه : أنها موضحة ؛ لاتحاد الفعل .

---

(١) في هامش (ز) : (ولا فرق بين العادي والمستور بالشعر) ، وفي هامشها أيضاً : (وتقييد المصنف هنا بالموضحة لا وجه له ؛ فإن الجائفة كذلك) .

(٢) في هامش (ز) : (ما ذكر في تعدد الموضحة يجب في تعدد الهاشمة ، كما أشار إليه الماوردي فيما لو هشمه هاشمتين عليهما موضحة واحدة بقربها يتعدد أرش الهاشمة ؛ لأنه قد زاده إيضاحاً بالهشم .

ولو أوضحه موضحتين تحتهما هاشمة واحدة . . كانت هاشمتين ؛ لأنه زاده هشماً بالإيضاح وهـٰذا ما صرح به السنجي ، وفيه نظر : لأن الحاصل هاشمة واحدة ؛ لاتصال الكسر في الباطن) .

وَلَوِ ٱنْقَسَمَتْ مُوضِحَتُهُ عَمْداً وَخَطَأً أَوْ شَمِلَتْ رَأْساً وَوَجْهاً . . فَمُوضِحَتَانِ ، وَقِيلَ : مُوضِحَةٌ . وَلَوْ وَسَّعَ مُوضِحَتَهُ . . فَوَاحِدَةٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

وأما في الثانية وهي : ما إذا أوضحه كما ذكرنا وبقي الجلد دون اللحم أو عكسه . . فلاتباع صورة الوضوح ، هٰذا توجيه الوجه المرجوح .

وتوجيه الأصح ـ وهو : أن الحاصل موضحة واحدة ، وإنما ثبت التعدد إذا بقيتا جميعاً ـ : أنه إذا أجرها فقد أتت الجناية على الموضع كله ، فصار كما لو استوعب الإيضاح الموضع كله ، وفي المسألة وجه ثالث : أنه إن بقي الجلد . . فموضحة ، أو اللحم . . فثنتان ؛ لأن اللحم هو الساتر للعظم المنطبق عليه فيكون الاعتبار به ، وفيها وجه رابع عكس هٰذا ؛ لأن الجلد هو الذي يظهر هنا للناظرين ، فإذا بقي على اتصاله . . لم يكن العظم واضحاً .

فإذا قلنا : لا يثبت التعدد إلا إذا بقيتا جميعاً ، فلو أوضح في موضعين ثم أوغل الحديدة ونفذها من إحداهما إلى الأخرىٰ في الداخل ثم سلها فهل يقال : إنهما اتحدتا؟ حكى الإمام فيه وجهين .

فإن رفع الجاني الحاجز الذي بينهما أو تأكّل قبل الاندمال . . كانت موضحة ، وهو الأصح ، كما لو قطع يده ثم حز رقبته ، وقيل : عليه أرشان ، وقيل : ثلاثة .

قال : (**ولو انقسمت موضحته عمداً وخطأ أو شملت رأساً ووجهاً . . فموضحتان**) ؛ لأن الأولى اختلف حكمها ، والثانية اختلف محلها ، وكذلك لو كان في بعضها مقتصاً وفي بعضها متعدياً . . فيجب أرش كامل فيما تعدىٰ فيه .

قال : (**وقيل : موضحة**) ؛ لاتحاد الفاعل والمحل والصورة .

واحترز بقوله : (رأساً ووجهاً) عن شمولها الرأس والقفا ؛ فإن فيها مع أرش موضحة الرأس حكومة لإيضاح القفا ؛ لأنه ليس محل الإيضاح فلم تدخل حكومته في أرش الموضحة .

قال (**ولو وسّع موضحته . . فواحدة على الصحيح**) ، كما لو أوضح أولاً كذلك .

والثاني : ثنتان ؛ لأن التوسعة إيضاح ثان ، والخلاف كالخلاف في رفع الحاجز بين الموضحتين .

أَوْ غَيْرُهُ . . فَثِنْتَانِ . وَٱلْجَائِفَةُ كَمُوضِحَةٍ فِي ٱلتَّعَدُّدِ ، وَلَوْ نَفَذَتْ فِي بَطْنٍ وَخَرَجَتْ مِنْ ظَهْرٍ . . فَجَائِفَتَانِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**أو غيره . . فثنتان**) ؛ لأن فعل الإنسان لا ينبني علىٰ فعل غيره ، كما لو قطع يد رجل وحز آخر رقبته . . فإن علىٰ كل منهما موجب جنايته .

وقوله : (غيره) يحتمل أن يريد : وسَّعها غيره ، وهـٰذا هو الذي في « المحرر » ، فيقرأ بالرفع ، والمصنف ضبطه بخطه بكسر الراء وفتحها ، ومراده : أنه وسع موضحة غيره .

فرع :

أوضحه كل واحد موضحة ثم تأكَّل الحاجز بينهما . . عادتا إلىٰ واحدة ولزم كلاً منهما نصف أرشها ، فإن رفع أحدهما الحاجز . . فعليه نصف أرش موضحة ، وعلى الآخر أرش موضحة كامل[1] .

قال : (**والجائفة كموضحة في التعدد**) ، فيتعدد الأرش بتعددها ، حتىٰ لو أجاف ثنتين ثم رفع الحاجز بينهما أو تأكَّل أو رفعه غير الجاني . . فكما سبق .

فلو أدخل سكيناً في جائفة الغير ولم تقطع شيئاً . . عزر فقط ، وإن قطعت شيئاً من الباطن دون الظاهر أو بالعكس . . فعليه حكومة .

قال : (**ولو نفذت في بطن وخرجت من ظهر . . فجائفتان في الأصح**) ؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه قضىٰ في رجل رمىٰ رجلاً بسهم فأنفذه بثلثي الدية ، رواه البيهقي [٨/ ٨٥] من حديث سعيد بن المسيب عنه ، وهو مرسل ، وقضىٰ به عمر رضي الله عنه ، ولا مخالف لهما ، فكان إجماعاً كما نقله ابن المنذر .

ولأنهما جراحتان نافذتان إلىٰ جوف ، وبهـٰذا قال مالك .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : أنها واحدة ؛ لنفوذها من جهة إلىٰ جهة .

---

(١) في هامش (ص) : (جزم به في « أصل الروضة » ونقله في « الشرح » عن « البيان » من غير مخالفة ؛ لأنهما عادتا إلىٰ واحدة في حق الرافع دون الآخر) اهـ

وَلَوْ أَوْصَلَ جَوْفَهُ سِنَاناً لَهُ طَرَفَانِ . . فَثِنْتَانِ ، وَلاَ يَسْقُطُ أَرْشٌ بِٱلْتِحَامِ مُوضِحَةٍ وَجَائِفَةٍ . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّ فِي ٱلأُذُنَيْنِ دِيَةً لاَ حُكُومَةً ، . . . .

فعلىٰ هـٰذا : تجب معها حكومة .

وقيل : لا تجب ، وليس بشيء .

قال : (**ولو أوصل جوفه سناناً له طرفان . . فثنتان**) ، كما لو أجافه بآلتين ، فإن خرجا من ظهره . . فأربع جوائف .

وصورة المسألة : ألا يخرق ما بينهما كما نص عليه في « الأم » ، وهـٰذه مكررة ؛ لأنها تعلم من قوله : (والجائفة كموضحة في التعدد) ، وقد سبق له في الموضحتين : أنه لو أوضح ثنتين بينهما حاجز . . تعدد الأرش .

و(السنان) : طرف الرمح ، جمعه : أسنة ، كعنان وأعنة .

قال : (**ولا يسقط أرش بالتحام موضحة وجائفة**)[1] ؛ لأن مبنى الباب على اتباع الاسم وقد وجد سواء بقي شين أم لا ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب فيها ثلث الدية ، ولا يكون ذلك إلا بعد الاندمال .

وقيل : إن لم يبق شين وأثر . . سقط ، وإن اندملت أطرافها وبقي شيء من العظم . . لم يسقط شيء من الأرش .

قال[2] : (**والمذهب : أن في الأذنين دية لا حكومة**)[3] ، هـٰذا هو النوع الثاني من الجنايات ، وهو إبانة الأعضاء ، فمنها : الأذنان ، والمذهب : القطع بأن في استئصالهما قطعاً الدية .

فإن أوضح مع ذلك العظم . . وجب أيضاً أرش الموضحة ؛ إذ لا يتبع مقدر مقدراً[4] .

---

(١) في هامش (ز) : (وكأنها في مقابلة الجزء الذاهب والألم الحاصل) .

(٢) في هامش (ز) : (كان ينبغي أن يترجمه بـ« فصل » ، وزاده شيخنا في « المنهج » رحمه الله تبعاً لـ« المحرر » ، ولا وجه لحذف المصنف له) .

(٣) في هامش (ز) : (والمراد بـ« الدية » هنا وفيما يأتي : دية من جُني عليه) .

(٤) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَبَعْضٌ بِقِسْطِهِ ، وَلَوْ أَيْبَسَهُمَا . . فَدِيَةٌ ، وَفِي قَوْلٍ : حُكُومَةٌ ، وَلَوْ قَطَعَ يَابِسَتَيْنِ . . فَحُكُومَةٌ ، . . . .

ويدل لوجوب الدية فيهما : ما روى الدارقطني [٣/٢٠٩] والبيهقي [٨/٨٥] عن عمرو بن حزم : « وفي الأذن خمسون من الإبل » ، ولما فيهما من الجمال والمنفعة ؛ لأنهما يجمعان الصراخ ويحرسان الصماخ فأشبها اليدين .

وفي قول مخرج أو وجه : أن فيهما الحكومة كالشعور ، وبه قال مالك ؛ لأن السمع لا يحلهما ، وليس فيهما منفعة ظاهرة ، وإنما هما جمال وزينة ، وسواء السالمة والمثقوبة إذا لم يذهب منها شيء ، وسواء أذن السامع والأصم ؛ لأن السمع في الصماخ لا فيهما ، بخلاف الكلام والبصر ؛ فإنهما في اللسان والعين .

قال : (**وبعضٌ بقسطه**)[١] ؛ لأن ما وجبت فيه الدية وجبت في بعضه بالقسط كالإصبع ، ويعتبر ذلك بالمساحة ، ولا فرق بين الأعلىٰ والأسفل[٢] .

قال : (**ولو أيبسهما**[٣] . . **فدية**) كما لو ضرب يده فشَلَّت .

قال : (**وفي قول : حكومة**) ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لبقاء منفعتهما بعد الشلل ؛ من جمع الصوت ، ومنع دخول الماء ، وهـٰذا الصحيح في « أصل الروضة » و« الشرح الصغير » وفاقاً لـ « التهذيب » ، ويجريان فيما إذا أيبس المارن .

قال : (**ولو قطع يابستين . . فحكومة**) ، كما لو قطع يداً شلاء أو قلع عيناً قائمة[٤] .

---

(١) في هامش (ز) : (البعض صادق لواحد ، ففيها النصف وببعضها ، فيقدر بالمساحة فاندفع اعتراض من قال : إن المصنف ذكر حكم الواحد في العين ولم يذكره في الأذن ، فقد يوهم المخالفة . اهـ « زركشي ») .

(٢) في هامش (ز) : (قال الإمام : وقد يشكل بمعرفة النسبة في الأذن من جهة اختلاف خلقته ، فلو أراد أن يعتبر شحمة الأذن . . لم يتمكن من ذلك إلا على التقريب ، فالواجب : المضي إلى الحكومة ، قال الزركشي : فلو أخر المصنف قوله : « لا حكومة » . . لنبَّه على الخلاف في البعض أيضاً ، ولا شك في طرد ذلك في الكل هناك ، بل هو أولىٰ) .

(٣) في هامش (ص) : (أي : بالجناية عليهما) .

(٤) في هامش (ز) : (**القائمة** : التي سوادها وبياضها سالمان ولا يبصر بهما) .

وَفِي قَوْلٍ : دِيَةٌ . وَفِي كُلِّ عَيْنٍ نِصْفُ دِيَةٍ . . . .

قال : (**وفي قول : دية**) ، كما في اليد الشلاء ؛ لأن المنفعة إنما بطلت بالقطع ، وهٰذان القولان مبنيان على القولين في المسألة قبلها ، فمن أوجب ثَمَّ الحكومة . . أوجب هنا الدية ، ومن أوجب ثَمَّ الدية . . أوجب هنا الحكومة .

وإذا جنىٰ عليها فاسودت . . ففيها الحكومة .

قال : (**وفي كل عين نصف دية**) ؛ لما روىٰ مالك [٢/٨٤٩] والنسائي [٨/٥٧] : أن في كتاب عمرو بن حزم : « وفي العينين الدية »(١) ، وحكى ابن منذر فيها الإجماع ، ولأنها من أعظم الجوارح نفعاً(٢) فكانت أولىٰ بإيجاب الدية ، وسواء الصغيرة والكبيرة ، والحادة والكليلة ، والصحيحة والعليلة .

و(العين) : حاسة البصر للإنسان وغيره من الحيوان ، وهي مؤنثة ، وجمعها : أعين وعيون وأعيان ، قال الشاعر :

. . . . كـأعيـان الجـرادِ المنظَّـم(٣)

وتصغيرها : عُيينة بالياء ، وجمع الجمع : أعينات ، والكثير : عيون .

روي : أن قتادة بن النعمان لما فقئت عينه يوم أحد . . أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا نبي الله ؛ إني متزوج بامرأة أحبها وأخاف أن تقذرني ، فرد عينه ـ بعد أن سالت علىٰ خده ـ إلىٰ موضعها وبصق فيها ودعا له ، فقال : « اللهم ؛ أكسُهُ جمالاً » فكانت أحسن عينيه ، وكانت لا ترمد إذا رمدت الأخرىٰ(٤) .

---

(١) في هامش (ز) : (هٰذه رواية النسائي ، وأما رواية مالك فيه : « وفي العين خمسون » ، قال : إن جعفر رضي الله عنه أراد العين الواحدة والأولى تؤيده) .

(٢) في هامش (ز) : (وأصل الحواس قدراً ، فكان تكميل الدية فيها أحرىٰ) .

(٣) البيت ليزيد بن عبد المدان ، من الطويل ، وهو بتمامه :

ولكنَّمـا أغـدو علـيَّ مفـاضـةٌ   دِلاصٌ كـأعيـانِ الجـراد المنَظَّـمِ

(٤) أخرجه الحاكم (٣/ ٢٩٥) ، وأبو عوانة في « المسند » (٦٩٢٩) ، وأبو يعلىٰ في « مسنده » (١٥٤٩) ، وغيرهم .

وفي هامش (د) : (روى الأصمعي عن أبي معشر قال : قدم علىٰ عمر بن عبد العزيز رجل من ولد قتادة بن النعمان فقال : ممن الرجل؟ فقال [من الطويل] : =

ورأى الشيخ أبو عبد الله بن النعمان رحمه الله رسول الله صلى الله عليه وسلم في النوم مئة مرة ، فقال له في الأخيرة : يا رسول الله ؛ أي الصلاة عليك أفضل؟ قال : قل : (اللهم ؛ صل علىٰ محمد الذي ملأت قلبه من جلالك ، وعينيه من جمالك ، فأصبح فرحاً مسروراً مؤيداً منصوراً) .

قال : (**ولو عين أحول وأعمش**) ؛ للحديث ولبقاء المنفعة ، كما لا ينظر إلىٰ قوة البطش والمشي وغيرهما .

والمراد : الحولاء التي نظرها سليم .

و(الأحول) : الذي في عينيه خلل لا في بصره ، قال في « الصحاح » : العمش : ضعف الرؤية مع سيلان الدمع في أكثر الأوقات .

قال : (**وأعور**) ؛ يعني : أن عين الأعور المبصرة كغيرها لا يجب فيها إلا نصف الدية ، كما أن يد الأقطع لا يجب فيها إلا نصف الدية[1] .

وقال مالك وأحمد : في عين الأعور كمال الدية .

ولو فقأ الأعور مثل عينه المبصرة من إنسان . . فله القصاص خلافاً لأحمد ، فإن عفا المجني عليه عن القصاص . . فله نصف الدية ، وعن مالك : أن له جميع الدية .

و(العور) : ذهاب حس إحدى العينين ، والأنثىٰ : عوراء .

و(الأعشىٰ) : الذي لا يبصر بالليل .

و(الأخفش) : صغير العين ضعيف البصر[2] .

= أنا ابن الذي سالت على الخد عينه ... فردت بكف المصطفى أحسن الردِّ
فعادت كما كانت لأول أمرها ... فيا حُسنَ ما عين ويا حسن ما ردِّ

فقال عمر :

تلك المكارم لا قعبان من لبن ... شيبا بماء فعادا بعدُ أبوالاً) .

(١) في هامش (ز) : (وفي « المطلب » : الظاهر : أن كلامه فيما إذا كان العور خلقياً ، فإن كان بجناية . . فبعيد جداً) .

(٢) في هامش (ز) : (وقيل : عكس الأعشىٰ) .

وَكَذَا مَنْ بِعَيْنِهِ بَيَاضٌ لاَ يَنْقُصُ ٱلضَّوْءَ ، فَإِنْ نَقَصَ . . فَقِسْطٌ ، فَإِنْ لَمْ يَنْضَبِطْ . . فَحُكُومَةٌ . وَفِي كُلِّ جَفْنٍ رُبُعُ دِيَةٍ . . . .

و(الأجهر) : الذي لا يبصر في الشمس .

قال : (**وكذا من بعينه بياض لا ينقص الضوء**) ؛ فإنه لا يمنع القصاص ولا كمال الدية وكان كالثآليل في اليد والرجل .

ولا فرق بين أن يكون على بياض الحدقة أو سوادها ، وكذا لو كان على الناظر إلا أنه رقيق لا يمنع الإبصار ولا ينقص الضوء .

قال : (**فإن نقص . . فقِسْط**) ؛ اعتباراً بالصحيحة التي لا بياض فيها ولا نقص ، ويجب في الدية قسط ما نقص .

قال : (**فإن لم ينضبط . . فحكومة**) ، وفرق بينه وبين عين الأعمش ؛ بأن البياض هو الذي ينقص الضوء الذي كان في أصل الخلقة ، وعين الأعمش لم ينقص ضوءها عما كان في الأصل ، فإن صيره بذلك أعشى . . لزمه نصف الدية ، فإن عشي بأحدهما . . لزمه ربع الدية .

فرع :

أخذ دية البصر ثم عاد . . استردت قطعاً ؛ لأن العمى والشلل المحققين لا يزولان ، وكذا السمع وسائر المعاني .

روى البيهقي في « الشعب » [١٠٨٨] في (باب الرجاء والخوف) ، والقشيري عن الليث قال : رأيت عقبة بن نافع[١] ضريراً ، ثم رأيته بصيراً ، فقلت له : بم رد الله عليك بصرك؟ فقال : قيل لي في منامي : قل : يا قريب ، يا مجيب ، يا سميع الدعاء ، يا لطيفاً لما يشاء ، فقلت ذلك ، فردَّ الله علي بصري .

قال : (**وفي كل جفن ربعُ دية**) ؛ ففي الأجفان الأربعة الدية ؛ لأن فيها جمالاً ومنفعة لصيانة العين عما يؤذيها .

---

(١) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : « إسماعيل بن عقبة » كما في « الشعب » .

وَلَوْ لِأَعْمَىٰ ، وَمَارِنٍ دِيَةٌ . وَفِي كُلٍّ مِنْ طَرَفَيْهِ وَٱلْحَاجِزِ ثُلُثٌ ، وَقِيلَ : فِي ٱلْحَاجِزِ حُكُومَةٌ ، وَفِيهِمَا دِيَةٌ . . . .

وأغرب الماوردي في قوله : ورد في كتاب عمرو بن حزم : « في الجفن الواحد ربع الدية » ؛ نظراً للتقسيط ، ولا فرق بين الجفن الأعلىٰ والأسفل ، والصغير والكبير ، واختصت دية الأجفان بأنها رباعية .

و(الجفن) بفتح الجيم وكسرها .

قال : (**ولو لأعمىٰ**) ؛ لجمالها وإن كانت منفعة البصر بها أعم ؛ لأنها تقي الحدقة الحر والبرد والقذىٰ والآفات ، وفي بعض الجفن الواحد قسطهُ من الربع .

وإنما يجب كمال الدية إذا استؤصلت ، لٰكن لا يجب في الجفن المستحشف إلا الحكومة .

ولو قطع الأجفان والعينين . . وجبت دية للأجفان وأخرىٰ للعينين .

فإن قطع الأجفان وعليها الأهداب . . فالأصح : دخول حكومتها في دية الأجفان كما تدخل حكومة الشعر من الموضحة في أرشها .

فإن أزال الأهداب وحدها وأفسد المنبت . . لزمه الحكومة ، وبه قال مالك .

وعند أبي حنيفة : يجب كمال الدية في إزالة شعور الأهداب والحاجبين وشعر الرأس واللحية .

قال : (**ومارن ديةٌ**) ؛ لحديث عمرو بن حزم : « وفي الأنف إذا أوعب جدعاً الدية » .

وروى الشافعي [أم ٦/١١٨] عن طاووس قال : عندنا في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وفي الأنف إذا قطع مارنه مئة من الإبل » .

و(المارن) : ما لان من الأنف ، وهي ثلاث طبقات : الطرفان والحاجز بينهما ، وسواء في ذلك أنف الأشم والأخشم .

قال : (**وفي كل من طرفيه والحاجز ثلثٌ**) ؛ توزيعاً للدية عليها .

قال : (**وقيل : في الحاجز حكومةٌ ، وفيهما ديةٌ**) ؛ لأن الجمال وكمال المنفعة

وَفِي كُلِّ شَفَةٍ نِصْفُ دِيَةٍ - وَهِيَ فِي عَرْضِ ٱلْوَجْهِ إِلَىٰ ٱلشِّدْقَيْنِ ، وَفِي طُولِهِ مَايَسْتُرُ ٱللِّثَةَ عَلَى ٱلأَصَحِّ - ....

فيهما دون الحاجز ، وهـٰذا محكي عن النص ، واختاره ابن سريج وأبو إسحاق ، وصححه البغوي .

فلو قطع المارن وبعض القصبة . . فدية فقط في الأصح .

ولو سقط بعض أنف المجذوم فقطع رجل الباقي . . وجب قسطه من الدية اعتباراً بالمساحة .

ولو قطع المارن مع قصبة الأنف . . فهل تجب حكومة القصبة أو لا تجب إلا الدية؟ وجهان : نقل الشيخان عن الإمام : أن أظهرهما : الاندراج ، والذي نص عليه الشافعي ـ وهو المفتىٰ به ـ : وجوب الحكومة .

ولو شق مارنه فذهب منه شيء ولم يلتئم . . فعليه من الدية قسط الذاهب ، وإن لم يذهب منه شيء . . لزمه الحكومة سواء التأم أم لا .

قال : (**وكل شفة نصف دية**) ؛ إذ في كتاب عمرو بن حزم : « وفي الشفتين الدية » سواء كانتا غليظتين أو رقيقتين ، أو كبيرتين أو صغيرتين ، ولما فيهما من الجمال والمنفعة ؛ إذ الكلام يتم بهما ويمسكان الريق والطعام .

وعن مالك : في العليا ثلث الدية ، وفي السفلى الثلثان ؛ لأن السفلىٰ أنفع ، وهـٰذا معارض بأن لكل واحدة منفعة ليست للأخرىٰ فتساويا ، ولأن تفاضل المنافع في الأعضاء المتجانسة لا يوجب تفاضلها في الديات كالأصابع والأسنان .

قال : (**وهي في عرض الوجه إلى الشدقين ، وفي طوله ما يستر اللثة على الأصح**) ، هـٰذا ثابت في غالب نسخ « المنهاج » و« المحرر » ، لـٰكن المصنف ضرب عليه بخطه ، والخلاف خاص بالطول .

وقال الرافعي في هـٰذا : إنه أعدل الوجوه ، وإنه يروىٰ عن النص ، ولأجله صححه في « الروضة » .

والثاني : أنه المتجافي إلىٰ محل الارتتاق .

والثالث : ما ينبو عند الانطباق .

والرابع : الذي لو قطع لم تنطبق الشفة الأخرىٰ على الباقي .

و(الشدق) بكسر الشين : جانب الفم ، والجمع : أشداق .

و(اللثة) بكسر اللام : ما حول الأسنان من اللحم .

ويجب بقطع بعض الشفة ما يقتضيه التقسيط ، وفي إشلالهما كمال الدية ، وفي قطع الشلاء الحكومة كالجفن .

وأصل الشفة : شفهة ، حذفت منها الهاء ، وتصغيرها : شفيهة ، والجمع : شفاه .

وهل تتبع حكومة الشارب دية الشفة؟ فيه وجهان .

ولو شق شفته ولم يبن منها شيئاً . . فحكومة .

ولو قطع شفة مشقوقة . . فعليه دية ناقصة بقدر حكومة الشق .

ومشقوق الشفة السفلىٰ : أفلح ، ومشقوق العليا : أعلم ، وما أحسن قول الزمخشري [من الطويل] :

وأَخَّرني دهري وقدَّم معشرا لأنهمُ لا يعلمون وأعلمُ
ومُذْ قدّم الجُهال أيقنتُ أنني أنا الميمُ والأيامُ أفلحُ أعلمُ

قال : (ولسان) ، فإذا كان ناطقاً سليم الذوق . . ففيه دية ؛ لما روىٰ عمرو بن حزم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل فيه الدية) ، وبه قضىٰ أبو بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم ، ونقل الشافعي في « الأم » وابن المنذر فيه الإجماع ، ولأنه من تمام الخلقة ، وفيه جمال ومنفعة يتميز به الإنسان عن البهائم في البيان والعبارة عما في الضمير .

وروى الحاكم [٣/ ٣٣٠] بإسناد حسن مرسل : أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الجمال ، فقال : « في اللسان » .

ويقال : ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة .

وله ثلاث منافع : في الكلام ، والذوق ، والاعتماد عليه في أكل الطعام وإدارته في اللهوات حتىٰ يستكمل طحنه بالأضراس .

وَلَوْ لِأَلْكَنَ وَأَرَتَّ وَأَلْثَغَ وطِفْلٍ دِيَةٌ ، وَقِيلَ : شَرْطُ طِفْلٍ ظُهُورُ أَثَرِ نُطْقِهِ بِتَحْرِيكِهِ لِبُكَاءٍ وَمَصٍّ ، . . . .

وقيل : الذوق في الحلق .

فإذا أزال نطق اللسان وذوقه . . فالمجزوم به في « الروضة » تبعاً لـ « التهذيب » : وجوب ديتين .

وقال الماوردي : في لسان الناطق الفاقد للذوق حكومة كالأخرس .

قال : (**ولو لألكن وأرتَّ وألثغَ وطفلٍ ديةٌ**) ؛ لإطلاق الحديث ، ولأن ذلك كضعف البطش في اليد .

وللروياني في لسان الأرت والألثغ نظر .

و(اللُّكْنة) : عجمة في اللسان وعي ، يقال : رجل ألكن : بيِّنُ اللَّكن .

و(الأرت) و(الألثغ) تقدما في (صلاة الجماعة) .

قال : (**وقيل : شرط طفل : ظهور أثر نطقه بتحريكه لبكاء ومص**) ؛ لأنها أمارات ظاهرة علىٰ سلامة اللسان ، ويعرف ذلك بنطقه بحروف الحلق ، وهي أول ما يظهر عند البكاء ، وبحروف الشفة في (بابا) و(ماما) ، وبحروف اللسان في زمانه كـ(دادا) ، فإن لم ينطق بذلك في زمنه . . ففيه حكومة ؛ لأن الظاهر خرسه .

ولو قطعه ساعة ولادته . . فالأصح : وجوب الدية حملاً له على الصحة .

وقيل : حكومة .

ولو ولد أصم فلم يحسن الكلام لعدم سماعه إياه . . فهل واجبه حكومة أو دية؟ فيه وجهان .

فائدة :

كان لسان حسان بن ثابت يصل إلىٰ جبهته وإلىٰ نحره ، وكذلك كان أبوه وجده وابنه عبد الرحمـٰن ، وكان يقول : والله لو وضعته علىٰ صخر لفلقه أو شعر لحلقه .

وفي آخر ورقة من « الشفا » [٨٧٩] : أن عمر بن الخطاب نذر قطع لسان ولده

وَلِأَخْرَسَ حُكُومَةٌ ، وَكُلِّ سِنٍّ لِذَكَرٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ ، . . . .

عبيد الله لما شتم المقداد بن الأسود ، فكلم في ذلك ، فقال : (دعوني أقطع لسانه حتىٰ لا يشتم أحدٌ بعدُ أصحابَ النبي صلى الله عليه وسلم) .

قال : (**ولأخرس حكومة**) سواء كان خرسه أصلياً أو عارضاً كما في اليد الشلاء ، وفيه احتمال لابن سلمة : أنه تجب الدية ، فلو ذهب ذوقه بقطع لسانه . . وجبت الدية للذوق .

فروع :

إذا أخذت دية اللسان فنبت . . لم تُرَدَّ ديتُه على الأصح ؛ لأنها نعمة جديدة ، قال ابن أبي هريرة : رأيت رجلاً قطع لسانه ثم نبت .

ولو جنىٰ عليه فخرس ثم نطق . . قال الماوردي : رُدَّ ما أخذ قطعاً ؛ لأن ذهاب الكلام كان مظنوناً وقطع اللسان محقق فالعائد غيره ، وهـٰذا مخالف لما تقدم عنه في عود البصر .

ولو كان اللسان مشقوقاً . . وجب بقطع طرفيه الدية ، وبقطع أحدهما قسطه منها .

وإن كان أحدهما أصلياً والآخر زائداً . . فلكل حكمه .

ولو قطع بضعة منه ولم ينقص بذلك شيء من الكلام . . فالأصح : حكومة فقط ؛ إذ لو وجب القسط . . للزم إيجاب الدية الكاملة في لسان الأخرس .

وفي قطع اللهاة الحكومة .

قال : (**وكل سن لذكر حر مسلم خمسة أبعرة**) ؛ لرواية عمرو بن حزم : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في السن خمس من الإبل » سواء في ذلك البيضاء والسوداء ، والطويلة والقصيرة ، والصغيرة والكبيرة ، والضرس والثنية والناب وغيرها ؛ لدخولها في لفظ السن وإن انفرد كل واحد منها باسم ، كالخنصر والسبابة والوسطىٰ في الأصابع ؛ لما روىٰ أبو داوود [٤٥٤٧] والترمذي بإسناد صحيح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الأسنان : الثنية والضرس سواء » .

وخرج بـ(الذكر) : الأنثىٰ ؛ ففي سنها بعيران ونصف ، وهو نصف عشر ديتها ،

سَوَاءٌ كَسَرَ ٱلظَّاهِرَ مِنْهَا دُونَ ٱلسِّنْخِ أَوْ قَلَعَهَا بِهِ . وَفِي سِنٍّ زَائِدَةٍ حُكُومَةٌ ، . . . .

وفي سن اليهودي والنصراني بهٰذه النسبة ، وفي سن العبد نصف عشر قيمته .

قال : (**سواء كسر الظاهر منها دون السِّنْخ**[1] **أو قلعها به**) تكمل دية السن بقلع كل سن تامة أصلية مثغورة غير مقلقلة ، فهٰذه أربعة قيود : الأول : كونها تامة فتكمل دية السن بكسر ما ظهر منها وإن بقي السِّنْخُ بحاله ، أما في الأولىٰ . . فبلا خلاف ، وأما في الثانية . . فعلى الأصح ؛ لظاهر الخبر .

ولا تجب زيادة علىٰ أرش السن ، بل تدخل حكومة السنخ في دية السن كما تدخل حكومة الكف في دية الأصابع .

وقيل : تجب حكومة للسنخ لزيادة الجناية بقلعه .

وموضع الخلاف : إذا كان القالع لهما واحداً وقلعهما معاً كما يشعر به تعبير المصنف ، فلو قلع الظاهر ثم السنخ بعد الاندمال أو قلع واحدٌ السنَّ وآخرُ السِّنْخَ . . وجبت للسنخ حكومة .

ولو اقتلع السن فبقيت معلقة بعروق ثم عادت إلىٰ ما كان . . فليس عليه إلا حكومة .

قال : (**وفي سن زائدة حكومة**) أشار بهٰذا إلى القيد الثاني ؛ ففي الزائدة الحكومة كالإصبع الزائدة ، والمراد بها : الخارجة عن سمت الأسنان ، وعبر عنها في « المحرر » وغيره بالشاغية .

ولو سقطت سنه فاتخذ سناً من ذهب أو حديد أو عظم طاهر . . فلا دية في قلعها ، وأما الحكومة ، فإن قلعت قبل الالتحام . . لم تجب لٰكن يعزر القالع ، وإن قلعت بعد تشبث اللحم بها واستعدادها للمضغ والقطع . . فلا حكومة أيضاً على الأظهر ؛ لأنها ليست من الأسنان الأصلية .

وقال الإمام : عندي لا يلتحم اللحم على الذهب .

---

(١) في هامش (ز) : (بكسر المهملة وسكون النون وإعجام الخاء ، وهو : أصلها المستتر باللحم) .

وَحَرَكَةُ ٱلسِّنِّ إِنْ قَلَّتْ . . فَكَصَحِيحَةٍ ، وَإِنْ بَطَلَتِ ٱلْمَنْفَعَةُ . . فَحُكُومَةٌ ، وَإِنْ نَقَصَتْ . . فَٱلأَصَحُّ : كَصَحِيحَةٍ . وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَبِيٍّ لَمْ يُثْغَرْ فَلَمْ تَعُدْ وَبَانَ فَسَادُ ٱلْمَنْبِتِ . . وَجَبَ ٱلأَرْشُ ، . . . .

قال : (**وحركة السن إن قلَّت . . فكصحيحة ، وإن بطلت المنفعة . . فحكومة**) .

هـٰذا بيان للقيد الثالث ؛ فإن كانت حركتها يسيرة لا تنقص المنافع . . لم يؤثر ذلك في قصاص ولا دية ؛ لبقاء الجمال والمنفعة ، وإن بطلت منفعتها . . ففيها الحكومة ؛ للشين الحاصل بزوال المنفعة .

والظاهر : أن مرادهم منفعة المضغ لا كل منفعة ؛ فإن من المنافع ما هو باق ، وهو : الجمال ، وحبس اللسان ، والطعام .

قال : (**وإن نقصت . . فالأصح : كصحيحة**) ، فيجب الأرش ؛ لوجود أصل المنفعة من المضغ ، وحفظ الطعام ، ورد الريق ، ولا أثر لضعفها كضعف البطش .

والثاني : تجب الحكومة كما في اليد الشلاء .

وتعبيره بـ(الأصح) الصواب : إبداله بالأظهر ؛ فإن المسألة ذات قولين شهيرين في « الأم » .

قال الإمام : ومحلهما : إذا غلب على الظن سقوط الأسنان ، فإن غلب على الظن ثباتها . . كمل أرشها قطعاً .

وإذا اصفرت السن أو اخضرت بجناية . . وجبت الحكومة .

وحكومة الاخضرار أقل من الاسوداد ، وحكومة الاصفرار أقل من الاخضرار .

قال : (**ولو قلع سن صبي لم يُثْغَر فلم تعد وبان فساد المنبت . . وجب الأرش**)

هـٰذا بيان للقيد الرابع ؛ فإذا قلع سن صبي لم يثغر . . فقد سبق في (الجنايات) : أنه لا يستوفىٰ في الحال قصاص ولا دية ؛ لأن الغالب عودها ، فهي كالشعر يحلق ، لـٰكن ينتظر عودها ؛ فإن عادت . . فلا قصاص ولا دية وتجب الحكومة إن بقي شين ، وإن مضت المدة التي يتوقع فيها عودها فلم تعد وفسد المنبت . . استوفي القصاص أو الدية ؛ إقامة لحدود الله تعالىٰ .

وَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ مَاتَ قَبْلَ ٱلْبَيَانِ . . فَلاَ شَيْءَ ، وَأَنَّهُ لَوْ قَلَعَ سِنَّ مَثْغُورٍ فَعَادَتْ . . لاَ يَسْقُطُ ٱلْأَرْشُ ، وَلَوْ قُلِعَتِ ٱلْأَسْنَانُ . . فَبِحِسَابِهِ ، . . . .

وقوله : (لم يُثْغَر) هو بمثناة تحت مضمومة ثم مثلثة ساكنة ثم غين معجمة مفتوحة ، معناه : لم تسقط أسنانه التي هي رواضعه .

قال : (**والأظهر : أنه إن مات قبل البيان . . فلا شيء**) ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، والظاهر : أنه لو عاش لعادت .

والثاني : يجب الأرش ؛ لأن الجناية قد تحققت ، والأصل : عدم العود .

والخلاف وجهان ، وقيل : قولان ، فكان ينبغي أن يعبر بالأصح ، عكس التي قبلها .

وظاهر قوله : (لم يجب شيء) : نفي الأرش والحكومة ، وليس كذلك ، بل الخلاف في الأرش وحده ، وإذا قلنا : لا يجب . . وجبت الحكومة كما جزم به في « الشرح » و« الروضة » ، ونص عليه في « الأم » .

وحكىٰ في « المطلب » وجهاً : أن الحكومة لا تجب ، فاجتمع ثلاثة أوجه .

قال : (**وأنه لو قلع سن مثغور فعادت . . لا يسقط الأرش**) ؛ لأن العود نعمة جديدة كالموضحة إذا التحمت .

والثاني : يسقط ؛ لأن العائد قام مقام الأول فكأنه لم يفت .

قال : (**ولو قلعت الأسنان . . فبحسابه**) ؛ فيجب في كل سن خمس من الإبل ؛ للحديث المتقدم .

وهي في غالب الفطرة : اثنان وثلاثون ، منها : أربع ثنايا ، وهي : التي في مقدم الفم ثنتان من أعلىٰ وثنتان من أسفل ، وتليها أربع من أعلىٰ وأسفل يقال لها : الرَّباعيات بفتح الراء وتخفيف الباء ، ثم أربع ضواحك ، ثم أربعة أنياب ، وأربعة نواجذ بالذال المعجمة ، واثنا عشر ضرساً ، ويقال لها : الطواحين[1] ، كذا قاله

---

(١) في هامش (ز) : (ومن الناس من لا يخرج له شيء من النواجذ فتكون أسنانه ثمانية وعشرين ، ومنهم من يخرج له اثنان فتكون أسنانه ثلاثين ، والكلام في الغالب) .

الشيخان تبعاً لصاحب « البحر » ، وهو يقتضي : أن النواجذ في أثناء الأضراس ، وليس كذلك ، بل هي آخرها ، وهي من جملة الأضراس .

قال الجوهري : ويسمى الناجذ ضرس الحلم ، أي : العقل ؛ لأنه ينبت بعد البلوغ وكمال العقل .

وأما الحديث : (أنه صلى الله عليه وسلم ضحك حتىٰ بدت نواجذه) . . فالمراد : الضواحك ، وهي الأسنان ؛ لأن ضحكه صلى الله عليه وسلم كان تبسماً .

فإذا قلع عدداً من الأسنان . . وجب ما يقتضيه الحساب ما لم يجاوز عشرين ، فإن جاوز عشرين . . فقولان : أصحهما : أنه يجب لكل واحدة خمس ، حتىٰ إذا كانت اثنين وثلاثين . . وجب فيها مئة وستون من الإبل ، وعن أبي حفص ابن الوكيل وغيره القطع بهٰذا .

ويروىٰ عن عمر : أنه كان يقول : (في الضرس بعيران ونصف ، وفي السن خمسة) ، فلما وقعت أضراس معاوية . . قال : (أنا أعلم بالأضراس من عمر) فجعلها سواء ، وإنما قال ذلك ؛ لأنه بان له حين فقدها منفعتها .

قال : (**وفي قول : لا يزيد علىٰ دية إن اتحد جان وجناية**) كما إذا سقاه شيئاً فسقطت ، أو زال الجميع بضربة أو نحوها ؛ لأن الأسنان جنس متعدد فأشبهت الأصابع ونحوها وسائر الأعضاء .

فأما إذا تعدد الجاني ؛ كما إذا قلع واحد عشرين سناً وقلع آخر ما بقي . . فعلىٰ كل واحد أرش ما قلعه .

ولو اتحد الجاني وتعددت الجناية . . نظر ؛ إن تخلل الاندمال بأن قلع سناً وتركه حتىٰ شفي ثم قلع أخرىٰ . . وهٰكذا إلى استيعاب الأسنان . . فعليه أرش كامل لكل سن ، وإن لم يتخلل الاندمال . . فعلى القولين ، وقيل : يتعدد قطعاً .

وإذا زادت الأسنان على اثنين وثلاثين . . فهل يجب لكل سن خمس أو لا تجب في الزائد علىٰ ذلك إلا الحكومة كالإصبع الزائدة؟ فيه في « الشرح » و« الروضة » وجهان من غير ترجيح ، وصحح في « الجواهر » الأول .

وَكُلِّ لَحْيٍ نِصْفُ دِيَةٍ ، وَلاَ يَدْخُلُ أَرْشُ ٱلأَسْنَانِ فِي دِيَةِ ٱللَّحْيَيْنِ فِي ٱلأَصَحِّ . . .

فائدتان :

الأولىٰ : جزم في « الجواهر » تبعاً لابن سيده بأن من لا لحية له والكوسج لا تكمل أسنانه العدة المتقدمة .

الثانية : عبد الصمد بن علي بن عبد الله بن عباس الأمير مات بأسنانه التي ولد بها ولم يُثْغَر ، وكانت قطعة واحدة من الأعلىٰ وقطعة من الأسفل ، وعاش نحواً من ثمانين سنة ، روىٰ عن أبيه حديث : « أكرموا الشهود » .

قال في « الميزان » [٢/٦٢٠] : وليس هو بحجة ، ولعل الحفاظ إنما سكتوا عنه مداراة للدولة .

فإذا جُني علىٰ مثل عبد الصمد . . هل يجب على الجاني دية كامل الأسنان ، وهي مئة وستون بعيراً أو مئة وخمسون حملاً على الناقص ، أو لا يزاد فيه علىٰ دية على القول الآخر ؛ لأن منفعتها واحدة وقد أزيلت؟ فيه نظر ، والأقرب : الأخير .

قال : (**وكل لحي نصف دية**) ؛ لما فيهما من كمال المنفعة والجمال .

و(اللحيان) بفتح اللام : العظمان اللذان تنبت عليهما الأسنان السفلىٰ ، وملتقاهما الذقن ، وعليهما تنبت اللحية ، وآخرهما من الأعلىٰ يحاذي الأذنين .

واستشكل المتولي إيجاب الدية فيهما ؛ لأنه لم يرد فيه خبر ، والقياس لا يقتضيه ؛ لأنهما من العظام الداخلة ، فيشبهان الترقوة والضلع وعظم الساعد والساق والفخذ ، ولا دية في شيء من ذلك .

وصورة مسألة الكتاب : ألا يكون عليهما أسنان كالطفل ، ومن سقطت أسنانه بهرم ونحوه .

قال : (**ولا يدخل أرش الأسنان في دية اللحيين في الأصح**) ؛ يعني : إذا كان على اللحيين أسنان كما هو الغالب . . فإن أروشها لا تدخل في دية اللحيين ؛ لأن كل واحد منهما مستقل وله بدل مقدر ، فلا يدخل أحدهما في الآخر ، والمبلغ إذا كانت الأسنان ست عشرة على الغالب مئة وثمانون من الإبل .

وَفِي كُلِّ يَدٍ نِصْفُ دِيَةٍ إِنْ قُطِعَ مِنَ ٱلْكَفِّ ، فَإِنْ قُطِعَ فَوْقَهُ . . فَحُكُومَةٌ أُخْرَىٰ ، . .

والثاني : أنه لا تجب إلا دية اللحيين وتدخل فيهما أروش الأسنان إتباعاً للأقل الأكثر ، كما تدخل حكومة الكف في دية الأصابع .

والفرق على الأصح : أن اسم اليد يصدق على الكف والأصابع ، بخلاف اللحيين ؛ فإن خلقتهما تتكامل بدون أسنان .

وأما الأسنان العليا . . فمنبتها عظم الرأس ، فلو قطع معها من العظم شيئاً . . فعليه الحكومة مع الأرش .

قال : (**وفي كل يد نصف دية إن قطع من الكف**) بالنص والإجماع ، ففي كتاب عمرو بن حزم : « في اليد الواحدة نصف الدية » .

وفي « سنن أبي داوود » [٤٥٥٣] وغيره عن عمرو بن شعيب : « وفي اليد إذا قطعت نصف العقل » .

وإذا وجب في الواحدة النصف . . كملت فيهما الدية .

والمراد بـ(اليد) : الكف مع الأصابع الخمس ؛ لأنها المعبر عنها باليد شرعاً .

وعن أبي عبيد ابن حربويه : أن نهاية اليد التي تجب فيها الدية الإبط والمنكب ، ويجب فيما دون ذلك قسطه من الدية .

واحتج الأصحاب بأن الله تعالىٰ أمر بقطع يد السارق ، وقطعها النبي صلى الله عليه وسلم من الكوع[1] ، وبأن الأصابع لو انفردت بالقطع . . لوجبت الدية الكاملة فلأن تجب إذا قطع معها غيرها أولىٰ .

قال (**فإن قطع فوقه . . فحكومة أخرىٰ**) ؛ لأنه ليس بتابعٍ ، بخلاف الكف مع الأصابع .

ومحل ما ذكره المصنف : إذا كانت الجناية واحدة ، فإن قطع واحد الأصابع وآخر الكف ، أو قطع واحد الأصابع ثم الكف . . فعلىٰ ما سبق في الأسنان .

فإن قيل : هل لنا صورة يجب فيها في قطع يد الرجل الحر ثلث الدية . .

---

(١) الدارقطني (٣/ ٢٠٤) .

فالجواب : أن ذلك في (باب الصيال) .

وصورته : أن يقطع الدافع يد الصائل اليمنىٰ ، ثم يتبعه فيقطع يساره عدواناً ، ثم يعود الصائل بعد قطع يديه ، فيدفعه المصول عليه بقطع إحدىٰ رجليه ، ثم يموت ، فيلزمه ثلث الدية ليده اليسرىٰ .

وقد يجب في قطع اليدين بعض الدية .

وصورته : إذا سلخ جلد رجل ، فبادر آخر والحياة مستقرة فيه فقطع يديه . . فإن السالخ تلزمه دية كاملة ، وقاطع اليدين يسقط عنه من الدية ما يخص الجلد الذي كان عليهما ، ويجب عليه الباقي ، مع أنه لو قتله في هٰذه الحالة . . لأوجبنا عليه القود ، كذا نقله الرافعي عن الشيخ أبي علي من غير مخالفة ، وسيأتي ذكره في السلخ حيث ذكره الرافعي .

قال : (**وفي كل إصبع عشرة أبعرة**) يستوي في ذلك جميع الأصابع .

ففي كتاب عمرو بن حزم : « في كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل » .

وروىٰ أحمد [٢/١٧٩] وأبو داوود [٤٥٤٤] والنسائي [٨/٥٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الأصابع سواء عشر عشر من الإبل » .

وفي « البخاري » [٦٨٩٦] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « هٰذه وهٰذه سواء » ؛ يعني : الخنصر والإبهام .

وفي « سنن البيهقي » [٨/٩٣] : أن عمر كان يرىٰ في الإبهام ثلاثة عشر ، وفي التي تليها اثنتي عشرة ، وفي الوسطىٰ عشرة ، وفي البنصر تسعاً ، وفي الخنصر ستة ، ثم رجع عن ذلك .

قال : وكتب مروان إلى ابن عباس : أتفتي في الأصابع بعشر عشر وقد بلغك عن عمر ما قال؟! فقال ابن عباس : (رحم الله عمر! قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن يتبع من قول عمر) .

ولا يخفىٰ أن هٰذا والذي بعده في الرجل الكامل .

وَأَنْمَلَةٍ ثُلُثُ ٱلْعَشَرَةِ ، وَأَنْمَلَةِ إِبْهَامٍ نِصْفُهَا ، وَٱلرِّجْلَانِ كَٱلْيَدَيْنِ . وَفِي حَلَمَتَيْهَا دِيَتُهَا ، . . . .

قال : (**وأنملةٍ ثلثُ العشرة ، وأنملة إبهامٍ نصفُها**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قسط دية اليد علىٰ أصابعها . . وجب تقسيط دية الإصبع علىٰ أناملها ، حتىٰ لو كان لرجل في إبهامه ثلاثة أنامل . . ففي كل منها ثلاثة أبعرة وثلث ، ولو كان له في غيرها أربعة . . ففي كل بعيران ونصف ، أو أنملتان ففي كل منهما خمس . . . وهٰكذا ، بخلاف ما لو كانت إصبع زائدة حيث لا تقسط دية اليد عليها ؛ لأن الأنامل لما اختلفت في أصل الخلقة الغالبة بالزيادة والنقصان . . كانت كذلك في الخلقة النادرة ، بخلاف الإصبع .

فلو كان علىٰ معصمه كفان أو علىٰ عضده ذراعان وكفان أو علىٰ منكبه عضدان وذراعان وكفان مع الأصابع ، فإن لم يبطش بواحدة منهما . . فليس فيهما قصاص ولا دية ، وإنما الواجب فيهما الحكومة كاليد الشلاء .

وإن كان فيهما بطش ، فإن كانت إحداهما أصلية والأخرىٰ زائدة . . ففي الأصلية القصاص ، وفي الزائدة الحكومة .

قال الجوهري : الإبهام الإصبع العظمىٰ ، وهي مؤنثة ، والجمع : أباهيم .

قال : (**والرجْلان كاليدين**) شمل ثلاثة أمور :

أحدها : أن في الرجلين دية ، وفي الرجل الواحدة نصفها ، وهو إجماع ، ولا فرق بين العرجاء والسليمة ؛ لأن العيب ليس في نفس العضو ، وإنما العرج نقص في الفخذ .

الثاني : أن في كل إصبع منها عشرة ؛ لحديث ابن عباس : « أصابع اليدين والرجلين سواء عشر من الإبل لكل إصبع » .

الثالث : أن أناملها كأنامل اليد ، وهو كذلك ، والقدم كالكف ، والساق كالساعد ، والفخذ كالعضد .

قال : (**وفي حلمتيها ديتها**) ؛ لما فيهما من الجمال والمنفعة ؛ لأن الثدي لا تستوفىٰ منفعته إلا بهما ، وفي إحداهما نصفها .

وَحَلَمَتَيْهِ حُكُومَةٌ ، وَفِي قَوْلٍ : دِيَةٌ ، وَفِي ٱلْأُنْثَيَيْنِ دِيَةٌ ، وَكَذَا ذَكَرٌ ....

و(الحلمة) : المجتمع الناتىء من رأس الثدي يلتقمه المرتضع من المرأة ، ولونها مخالف لون الثدي غالباً ، وحواليها دائرة علىٰ لونها وهي من الثدي لا من الحلمة ، وسواء كانتا من صغيرة أو كبيرة ، نزل فيهما اللبن أم لا .

فلو قطع الثدي مع الحلمة . . لم تجب إلا الدية ، وتدخل فيها حكومة الثدي .

فإن قطع مع الثدي جلدة الصدر . . وجبت حكومة الجلدة مع الثدي قطعاً .

فإن وصلت الجراحة إلى الباطن . . وجب مع دية الجلدة أرش الجائفة .

فلو جنىٰ على الثديين فأيبسهما . . فدية ، أو قطع لبنهما . . وجبت حكومة .

ولو جنىٰ عليهما وهما ناهدتان فاسترسلتا . . فعليه حكومة ؛ لأن الفائت مجرد الجمال .

قال : (**وحلمتيه حكومة**) ؛ لأنه إتلاف جمال فقط .

قال : (**وفي قول : دية**) أي : دية رجل ؛ تسوية بين الرجل والمرأة ، كاليد والرجل .

ومقتضىٰ كلام المصنف : إلحاق الخنثىٰ بالمرأة ، كما ألحقه بها في أصل الدية .

وقال الأصحاب : الواجب في ثدييه أقل الأمرين : من دية المرأة أو الحكومة ؛ لأنه المحقق .

قال : (**وفي الأنثيين دية**) ولو من عنين أو مجبوب ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم : « وفي الأنثيين الدية » .

ويروىٰ : « وفي البيضتين الدية » رواه النسائي [٨/ ٥٧] .

ولأن فيهما منفعة التناسل ؛ لانعقاد المني إذا نزل فيهما ، وهما من تمام الخلقة .

وفي إحداهما نصف الدية كاليد ، فلو قطعهما فذهب منيه . . لزمه ديتان .

قال : (**وكذا ذكر**) ؛ ففي كتاب عمرو بن حزم : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي الذكر الدية » ، ولأن فيه منفعة التناسل ، وهو من أعظم المنافع ، فأشبه الأنف .

وَلَوْ لِصَغِيرٍ وَشَيْخٍ وَعِنِّينٍ . وَحَشَفَةٌ كَذَكَرٍ ، وَبَعْضُهَا بِقِسْطِهِ مِنْهَا ، وَقِيلَ : مِنْ كُلِّ ٱلذَّكَرِ ، وَكَذَا حُكْمُ بَعْضِ مَارِنٍ وَحَلَمَةٍ ، وَفِي ٱلأَلْيَيْنِ ٱلدِّيَةُ ، . . . .

قال : (**ولو لصغير وشيخ وعنين**) ؛ لإطلاق الخبر .

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم علىٰ أن في الذكر الدية .

وعن قتادة أنه قال : في ذكر الذي لا يأتي النساء ثلث ما في ذكر الذي يأتيهن .

وذكر الخصي عند الجمهور كذكر الفحل .

وقال مالك والثوري وأحمد وأصحاب الرأي : فيه حكومة .

وقال قتادة وإسحاق : فيه ثلث الدية .

وفي قطع الذكر الأشل حكومة .

ولو ضرب ذكراً فشل . . فعليه كمال الدية ، ولو قطع معه شيئاً من العانة . . وجبت الحكومة أيضاً .

و(الذكر) جمعه : مذاكير ، علىٰ غير قياس ، كأنهم فرقوا بين الذكر الذي هو الفحل وبين العضو في الجمع .

قال : (**وحشفةٌ كذكر**) فيجب فيها وحدها الدية ؛ لأن ما عداها من الذكر تابع لها ، كالكف مع الأصابع ، بل هي أعظم منافعه ؛ إذ تتعلق بها لذة المباشرة وأحكام الوطء تدور علىٰ تغييبها .

قال : (**وبعضها بقسطه منها**) ؛ لأن الدية تكمل بقطعها فقسطت علىٰ أبعاضها .

قال : (**وقيل : من كل الذكر**) ؛ لأنه الأصل المقصود بكمال الدية .

قال المتولي والبندنيجي : هـٰذا إذا لم يختل مجرى البول ، فإن اختل . . فالأكثر من قسط الدية وحكومة فساد المجرىٰ .

قال : (**وكذا حكم بعض مارن وحلمة**) ، فيجب القسط من الدية موزعة على المارن وحده أو الحلمة وحدها على الصحيح .

قال : (**وفي الأليين الدية**) ؛ لما فيهما من الجمال والمنفعة في الركوب والقعود ، وسواء في ذلك الرجل والمرأة ، فيجب فيهما إذا استوعبا القصاص ، خلافاً للمزني وبعض أصحابنا .

وَكَذَا شُفْرَاهَا ، وَكَذَا سَلْخُ جِلْدٍ إِنْ بَقِيَ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ وَحَزَّ غَيْرُ ٱلسَّالِخِ رَقَبَتَهُ . . .

قال : (**وكذا شفراها**) ؛ لما فيهما من الجمال والمنفعة ، وبهما يقع الالتذاذ بالجماع ، وهما : اللحم المحيط بالفرج إحاطة الشفتين بالفم .

ولا فرق بين السمينة والهزيلة ، والبكر والثيب ، والرتقاء والقرناء ؛ فإن النقصان والخلل في غيرهما ، وسواء المختونة وغيرها .

ولو ضرب شفريها فشلا . . وجب كمال الدية .

ولو قطع مع الشفرين (الرَّكَب) بفتح الراء والكاف ، وهو : عانة المرأة . . وجبت حكومة مع الدية .

ولو قطع شفري بكر وأزال بالجناية بكارتها . . وجب مع دية الشفرين أرش البكارة .

ولو قطع شفريها فجرح موضعاً آخر بقطع لحم أو غيره . . لزم للثاني حكومة .

قال : (**وكذا سلخ جلد إن بقي حياة مستقرة وحزَّ غيرُ السالخ رقبتَه**) ؛ لأن سلخ الجلد كالجنس الواحد من الأعضاء من حيث إنه معد لغرض واحد ، فتجب في سلخه الدية .

قال الأئمة : وسلخ جميعه قاتل ، لـٰكن قد تعرض حياة مستقرة بعده فتظهر فائدة إيجاب الدية فيه ، كما لو حز غيره رقبته .

ونقل الرافعي عن الشيخ أبي علي وجهاً : أنه لو قطعت يداه بعد سلخ الجلد . . توزع مساحة الجلد علىٰ جميع البدن ، فما يخص اليدين يحط من ديتهما ، ويجب الباقي ، وقد تقدم في دية اليدين الإشارة إلىٰ هـٰذا الوجه ، وعلىٰ قياسه : لو سلخ جلد مقطوع اليدين . . لزمه دية إلا قسط اليدين من الجلد .

وقال في « الحاوي » : في سلخ الجلد حكومة لا تبلغ دية نفس ، والمذهب : الأول ، وهـٰذه المسألة ليست في « التنبيه » ، لـٰكن ذكر بدلها : اللحم الناتىء على الظهر من جانبي السلسلة ، وقال : إن فيه الدية ، ولا تعرف لغيره ، وذكرها الجرجاني في « الشافي » و« التحرير » تبعاً له .

وقوله : (وحز غير السالخ رقبته) تابع فيه الرافعي ؛ يعني : أنه لا يتصور إلا في

. . . .

ذلك ، وهو ممنوع ، فقد يتصور في السالخ أيضاً ؛ بأن تكون إحدى الجنايتين عمداً والأخرىٰ خطأ وقلنا بالأصح : إنهما لا تتداخلان .

تتمة :

نص في « الأم » علىٰ أن في كسر الترقوة حكومة ، ونص في « اختلاف الحديث » علىٰ أن فيها جَملاً ، فقيل : قولان :

القديم : جمل ؛ لما روىٰ مالك [٢/ ٨٦١] والشافعي [١/ ٢٢٥] بإسناد صحيح : أن عمر قضىٰ بذلك ، وبه قال أحمد .

والجديد : حكومة ، وقطع المتولي وغيره بالحكومة كسائر العظام ، وحملوا قضاء عمر علىٰ أن الحكومة كانت في الواقعة قدر جمل .

و(التَّرقوة) بفتح التاء : العظم المتصل بين المنكب وثغرة النحر .

قال الجوهري : ولا تقل : تُرقوة بالضم ، ولكل أحد تَرقوتان ، والجمع : تراقي ، قال تعالىٰ : ﴿ كَلَّآ إِذَا بَلَغَتِ ٱلتَّرَاقِىَ ﴾ ذكرهم بموطن من مواطن الهول ، وأمرٍ من أمره الذي لا محيد لبشر عنه ، وهي حالة الموت والمنازعة التي كتبها الله علىٰ كل حيوان .

والضمير في ﴿ بَلَغَتِ ﴾ للنفس وإن لم يجر لها ذكر ؛ لأن الكلام يدل عليها ، كما قال حاتم [من الطويل] :

لعمـرك مـا يغنـي الثـراء عـن الفتـىٰ إذا حشرجت يوماً وضاق بها الصدر

روي : أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه لما احتضر جلست ابنته عائشة عند رأسه تبكيه وتكرر هـٰذا البيت ، ففتح عينيه وقال : لا تقولي هـٰكذا ، وقولي : (وجاءت سكرة الحق بالموت ذلك ما كنت منه تحيد) .

وكذلك كان يقرأ بالآية ، وهي كذلك في مصحف ابن مسعود بإضافة السكرة إلى الحق ؛ لأن الموت يعقبها ، فكأنها جاءت به ، ويجوز أن تكون سكرة الحق سكرة الله أضيفت إليه تعظيماً لشأنها وتهويلاً .

فَرْعٌ :

فِي ٱلْعَقْلِ دِيَةٌ ، ....

قال : (فرع) ضمنه حكم إزالة المنافع ، وذكر في الفصل الذي قبله الجروح والأعضاء ، فذكر فيه ستة عشر عضواً ، وفي هـٰذا اثني عشر شيئاً ، ويجوز أن يجتمع في شخص ديات كثيرة ؛ بأن تزال منه أعضاء ومنافع ولا تسري إلى النفس بل تندمل .

قال : (**في العقل دية**) قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه العلم علىٰ ذلك .

وفي كتاب عمرو بن حزم : « وفي العقل مئة من الإبل » ، ولأنه أشرف الحواس فكان أحق بكمال الدية ، ولذلك قدمه المصنف ، ولأن به يتميز الإنسان عن البهيمة ولا ينتفع بشيء انتفاعه به .

ولا يجب في إذهابه قصاص على المذهب ؛ لاختلاف الناس في محله :

فقيل : القلب ، وهو الصحيح عند أصحابنا وأكثر المتكلمين .

وقيل : الدماغ ، وإليه ذهب أبو حنيفة وجماعة من الأطباء .

وقيل : مشترك بينهما .

وهو ضد الحمق ؛ لأنه صفة يميز بها بين الحسن والقبيح ، سمي عقلاً ؛ لأنه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك ، وجمعه : عقول ، والمراد به هنا : الغريزي الذي يترتب عليه التكليف .

وأما العقل المكتسب الذي به حسن التصرف . . ففيه حكومة فقط ، وظاهر كلام الشافعي والأصحاب : أنه يتبعض .

وقال الماوردي : لا يتبعض في ذاته ، فلا يصح أن يذهب بعضه ويبقىٰ بعضه ، ولـٰكن قد يتبعض زمانه ؛ فيعقل يوماً ، ويجن يوماً ، فإن كان كذلك . . وجبت الدية بحسب تجزئة الزماني .

قال الرافعي : وقد تتأتىٰ معرفة التفاوت بغير الزمان ؛ بأن يقابل صواب قوله

فَإِنْ زَالَ بِجُرْحٍ لَهُ أَرْشٌ أَوْ حُكُومَةٌ . . وَجَبَا ، وَفِي قَوْلٍ : يَدْخُلُ ٱلْأَقَلُّ فِي ٱلْأَكْثَرِ ،

ومنظوم فعله بالخطأ منهما ، ويجب قسط ما بينهما ، وهو الذي ذكره في « التهذيب » .

وذكر المتولي : أن الدية إنما تجب عند تحقق الزوال بقول أهل الخبرة ، فإن توقفوا في زواله . . توقفنا في الدية ، فإن مات قبل الاستقامة . . ففي الدية وجهان ، كما لو قلع سن غير مثغور[1] فمات قبل عودها .

قال : (**فإن زال بجرح له أرش أو حكومة . . وجبا**) أي : وجب الأرش المقدر أو الحكومة مع دية العقل ، ولا يندرج الأرش في دية العقل كما لو أوضحه فذهب سمعه أو بصره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « في الموضحة خمس من الإبل ، وفي العقل الدية ، وفي اليد خمسون من الإبل » ، فنص علىٰ ذلك ، فلم يجز إسقاطه .

ولأن العقل عرض مختص بمحل مخصوص ، فلم يدخل فيه أرش الجناية كالسمع ، وهـٰذا هو الجديد ، وإليه ذهب مالك وأحمد .

وعلىٰ هـٰذا : لو قطع يديه ورجليه فزال عقله . . لزمه ثلاث ديات .

واحترز بـ(ما له أرش مقدر) عما إذا زال بلطمة ؛ فإن أرش الجناية يدخل في دية العقل[2] .

قال : (**وفي قول : يدخل الأقل في الأكثر**) هـٰذا القول قديم ، وإليه ذهب أبو حنيفة ، ووجه بأن العقل يشبه الروح من حيث إن زواله كزوال الروح في سقوط التكليف ، فيدخل أرش الجناية في ديته إذا كان الأرش أقل .

فإن كانت دية العقل أكثر كما لو أوضح رأسه فزال عقله . . دخل فيها أرش الموضحة .

وإن كان أرش الجناية أكثر كما إذا قطع يديه مع بعض الذراع أو يديه ورجليه فزال عقله . . تدخل فيه دية العقل ، وضعف هـٰذا القول بأن مقتضاه دخول الأروش فيه وإن

---

(١) في النسخ : (سنَّ مثغور) ، والتصويب من هامش (ص) .
(٢) في هامش (ص) : (ويعزر على الأصح) .

وَلَو ٱدَّعَىٰ زَوَالَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَنْتَظِمْ قَوْلُهُ وَفِعْلُهُ فِي خَلَوَاتِهِ . . فَلَهُ دِيَةٌ بِلاَ يَمِينٍ . وَفِي ٱلسَّمْعِ دِيَةٌ ، . . . .

كثرت ، وأن لا يجب بقطع يده شيء كالميت .

قال : (**ولو ادعىٰ زواله ، فإن لم ينتظم قوله وفعله في خلواته . . فله دية بلا يمين**) ؛ لأن يمينه تثبت جنونه ، والمجنون لا يحلف كالصبي إذا ادعى البلوغ ، كذا أطلقه الشيخان ، وهو في مطبق الجنون ظاهر .

أما إذا كان الاختلاف مع تقطع الجنون . . فإنه يحلف زمن إفاقته كما صرح به ابن الرفعة .

وقوله : (ادعىٰ زواله) فيه نظر ؛ لأن المجنون لا تصح دعواه ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » : أنكر الجاني زوال العقل ونسبه إلى التجانن ، فيحمل ما في الكتاب علىٰ دعوىٰ وليه أو منصوب الحاكم .

وعلىٰ هـٰذا : يقرأ لفظ المصنف بضم الهمزة .

ولم يذكروا للمراقبة حداً وغاية ، والظاهر : أن غايتها أن تتكرر بحيث يغلب على الظن صدقه أو كذبه(١) من غير ضبط بمدة مقدرة .

قال : (**وفي السمع دية**) كذا رواه البيهقي [٨/٨٦] عن النبي صلى الله عليه وسلم ، لـٰكن إسناده غير قوي ، وهو من أشرف الحواس فأشبه البصر ، بل هو أشرف منه عند أكثر الفقهاء ؛ لأنه يدرك به من الجهات الست وفي النور والظلمة ، ولا يدرك بالبصر إلا من جهة المقابلة وبواسطة من ضياء أو شعاع .

وقال أكثر المتكلمين بتفضيل البصر عليه ؛ لأن السمع لا تدرك به إلا الأصوات ، والبصر تدرك به الأجسام والألوان والهيئات ، فلما كانت تعلقاته أكثر . . كان أفضل .

وفي « سنن البيهقي » [٨/٨٦] : أن رجلاً رمىٰ رأس رجل فذهب سمعه ولسانه وعقله وذكره ، فلم يعرف النساء ، فقضىٰ فيه عمر بأربع ديات وهو حي ، ولا مخالف له .

---

(١) في هامش (ز) : (فإن مات قبل تلك المدة ولم يتبين الحال . . وجبت الدية) .

وَمِنْ أُذُنٍ نِصْفٌ ، وَقِيلَ : قِسْطُ ٱلنَّقْصِ ، وَلَوْ أَزَالَ أُذُنَيْهِ وَسَمْعَهُ . . فَدِيَتَانِ ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ زَوَالَهُ وَٱنْزَعَجَ بِصِيَاحٍ فِي نَوْمٍ وَغَفْلَةٍ . . فَكَاذِبٌ ، . . . .

وإنما تجب الدية في السمع إذا زال بالكلية ، فإن لم يزل ولـٰكن ارتتق داخل الأذن بالجناية ارتتاقاً لا وصول إلىٰ زواله . . فالأصح : وجوب حكومة .

وقيل : تجب دية .

قال : (**ومن أذن نصف**) ؛ لأنه من المثاني ، فكان كذهاب الضوء من إحدى العينين ؛ لأن لكل أذن خرتاً[1] يجري فيه الصوت إلىٰ منتهاه ، كما قيل [من الطويل] :

وكيـف تـرىٰ ليلـىٰ بعيـنٍ تـرىٰ بهـا   ســواهـا ومـا طهـرتهـا بـالمـدامـع
وتلتـذُّ منهـا بـالحـديـث وقـد جـرىٰ   حديثُ سواها في خروتِ المسامعِ[2]

قال : (**وقيل : قسط النقص**) أي : من الدية ، وهـٰذا قياس قولنا : إن السمع ليس من المثاني ، ولـٰكن اعتبار النظر إلى الأذن أقرب .

قال الرافعي : وقد يقال : تجب الحكومة ؛ لأن السمع واحد ، وإنما التعدد في المنفذ ، بخلاف ضوء البصر ؛ فإن لطيفته متعددة ومحلها الحدقة .

قال : (**ولو أزال أذنيه وسمعه . . فديتان**) ؛ لقطعه عضواً وإذهابه منفعة حالَّة في غيره ، فلم يدخل أرش المنفعة في دية العضو كما لو أوضحه فعمي .

قال : (**ولو ادعىٰ زواله وانزعج بصياح في نوم وغفلة . . فكاذب**) ؛ لظهور ما يدل عليه .

ومقتضىٰ تعبيره بـ(كاذب) : أن الجاني لا يحلف ، وليس كذلك ؛ فقد صرح الماوردي بأنه يجب تحليف الجاني أن سمعه باق ؛ لجواز أن يكون انزعاجه اتفاقاً ، ولا يكفيه أن يحلف أن سمعه لم يذهب بجناية .

وخص المصنف الانزعاج بالصياح وهو لا يختص به ، بل الرعدُ وطرحُ شيء له صوت من عُلْوٍ كذلك .

---

(١) **الخرت** : الثقب في الأذن .
(٢) في هامش (د) : (قيل : هما من جملة أبيات ليزيد بن معاوية بن أبي سفيان) .

وإلاَّ فَيَحْلِفُ وَيَأْخُذُ دِيَةً ، وَإِنْ نَقَصَ . . فَقِسْطُهُ إِنْ عُرِفَ ، وَإِلاَّ . . فَحُكُومَةٌ بِٱجْتِهَادِ قَاضٍ ، وَقِيلَ : يُعْتَبَرُ سَمَاعُ قَرْنِهِ فِي صِحَّتِهِ ، وَيُضْبَطُ ٱلتَّفَاوُتُ . . . . .

وقيد الماوردي (الصياح) بصوت مزعج مَهول يتضمن إنذاراً أو تحذيراً ، قال : ولا بد من تكرر ذلك من جهات وفي أوقات الخلوات حتىٰ يتحقق زوال السمع بها .

قال : (**وإلا . . فيحلف ويأخذ دية**) ؛ لأن الظاهر صدقه ، والتحليف لاحتمال التجلد .

ثم إذا ثبت زوال سمعه إما بإقرار الجاني أو بالطريق المذكور . . قال الماوردي : يراجع عدول الأطباء ، فإن نفوا عوده . . وجبت الدية في الحال ، وإن جوزوا عوده إلىٰ مدة معينة . . انتظرت : فإن عاد فيها . . سقطت ، وإلا . . ثبتت .

قال : (**وإن نقص . . فقسطه إن عُرف**) ؛ بأن كان يسمع من موضع فصار يسمع من دونه ، ويؤخذ ذلك من الدية كنظائره .

وطريق معرفته : أن يحدثه شخص ويتباعد إلىٰ أن يقول : لا أسمع ، فيعلي الصوت قليلاً ، فإن قال : أسمع . . عرف صدقه ، ثم يعمل كذلك من جهة أخرىٰ ، فإذا اتفقت المسافتان . . عرف صدقه ، ثم ينسب ذلك من مسافة سماعه قبل الجناية إن عرفت ، ويجب بقدره من الدية .

قال : (**وإلا . . فحكومة باجتهاد قاض**) أي : وإن لم يعرف ولـٰكن ساء سمعه وثقلت أذنه . . فالذي أورده الأكثرون وعليه جرىٰ صاحب « التهذيب » وغيره : أنه لا سبيل إلىٰ تقديره ، وتجب حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده .

قال : (**وقيل : يعتبر سماع قرنه في صحته**) هـٰذا رأي الإمام وطائفة ، وهو أن يعتبر بسمع (قَرنه) وهو : المماثل له في السن والصحة ، وهو بفتح القاف كما ضبطه المصنف بخطه ، والجمع : أقران .

وكيفية ذلك : أن يجلس إلىٰ جنبه (**ويضبط**) نهاية سمع السليم ونهاية سمع المجني عليه ، ويجب بنسبة ما بينهما من (**التفاوت**) من الدية .

فلو قال : أنا أعلم قدر ما ذهب من سمعي . . قال الماوردي : صدق بيمينه ؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته ، كما تصدق المرأة في حيضها .

وَإِنْ نَقَصَ مِنْ أُذُنٍ . . سُدَّتْ وضُبِطَ مُنْتَهَىٰ سَمَاعِ ٱلْأُخْرَىٰ ثُمَّ عُكِسَ وَوَجَبَ قِسْطُ ٱلتَّفَاوُتِ . وَفِي ضَوْءِ كُلِّ عَيْنٍ نِصْفُ دِيَةٍ ، فَلَوْ فَقَأَهَا . . لَمْ يَزِدْ ، وَإِنْ ٱدَّعَىٰ زَوَالَهُ . . سُئِلَ أَهْلُ ٱلْخِبْرَةِ ، أَوْ يُمْتَحَنُ بِتَقْرِيبِ عَقْرَبٍ أَوْ حَدِيدَةٍ مِنْ عَيْنِهِ بَغْتَةً ، وَنُظِرَ هَلْ يَنْزَعِجُ ؟ . . . .

قال : (**وإن نقص من أذن . . سدت وضبط منتهىٰ سماع الأخرىٰ ثم عكس ووجب قسط التفاوت**) ؛ طلباً للعدل ، فإن لم ينضبط . . فالحكومة .

قال : (**وفي ضوء كل عين نصف دية**) ؛ لأن منفعتهما النظر فذهابه كالشلل ، وفي كتب الفقه عن معاذ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي البصر الدية »[1] وليس بمعروف في كتب الحديث ، وسواء الصغيرة والكبيرة ، وعين الطفل والشيخ والشاب ، والحادة والكليلة ، والصحيحة والعليلة ، والعشياء والعمشاء والحولاء إذا كان النظر سليماً .

فإن أخذت دية البصر ثم عاد . . استردت قطعاً .

قال : (**فلو فقأها . . لم يزد**) كما لو قطع يديه ، بخلاف ما لو قطع أذنيه فبطل سمعه ؛ لأن السمع ليس في جرم الأذن .

ولو أزال الضوء ثم فقأهما . . وجب مع الدية حكومة .

قال : (**وإن ادعىٰ زواله . . سئل أهل الخبرة**) ؛ فإنهم إذا أوقفوا الشخص في مقابلة الشمس ونظروا في عينيه . . عرفوا هل الضوء ذاهب أو موجود؟ بخلاف السمع ؛ فإنهم لا يراجَعون فيه ؛ إذ لا طريق لهم إلىٰ معرفته .

فإن كانت الجناية عمداً . . اشترط رجلان من أهل الخبرة ، وإلا . . كفىٰ رجل وامرأتان .

ثم إذا روجع أهل الخبرة فشهدوا بذهاب البصر . . لم يحلف وتؤخذ الدية ، بخلاف الامتحان ؛ فإنه لا بد من تحليفه .

قال : (**أو يمتحن بتقريب عقرب أو حديدة من عينه بغتة ، ونُظر هل ينزعج؟**) فإن

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/٢٩) .

انزعج . . فالقول قول الجاني بيمينه ، وإن لم ينزعج . . فالقول قول المجني عليه بيمينه ، والأول هو المنقول عن « الأم » ، والثاني ـ وهو الامتحان بما تقرر ـ قاله آخرون ، وعليه جرى الغزالي .

وقال المتولي : الأمر إلىٰ خبرة الحاكم ، وهو الذي في الكتاب تبعاً لـ « المحرر » .

وجعل في « الروضة » ذلك خلافاً لم يصحح منه شيئاً .

قال : (**وإن نقص . . فكالسمع**) ، فيجب من الدية قسط الذاهب إن عرفت نسبته .

وإن لم يعرف مدىٰ بصره قبل الجناية . . وجب حكومة ؛ لتعذر إيجاب قسط من الأرش المقدر .

وقيل : يعتبر بمثله في السن والصحة كما سبق في السمع .

وإن نقص ضوء إحدى العينين . . عصبت العليلة وضبط قدر ما يبصر بالصحيحة ، فإن اختلف كلامه . . عمل بالأقل ، ثم تعصب الصحيحة ويضبط قدر ما يبصر بالعليلة ، ويجب قسط الناقص بالمساحة ؛ لاختلاف الناس في البصر ، فعن الماسرجسي أنه قال : رأيت صائداً يرى الصيد من فرسخين .

حادثة :

سئل ابن الصلاح عن رجل أرمد أتىٰ إلى امرأة بالبادية تدعي الطب لتداوي عينه ، فكحلته ، فتلفت عينه : هل يلزمها ضمانها؟

فأجاب : إن ثبت أن ذهاب عينه بدوائها . . فعلىٰ عاقلتها ضمانها ، وإن لم يكن . . فعلىٰ بيت المال ، وإن تعذر . . فعليها في مالها ، إلا أن يكون الأرمد أذن لها في المداواة بهـٰذا الدواء المعين . . فلا تضمن .

قال : ونظيره : ما إذا أذن البالغ العاقل في قطع سلعته أو فصده فمات . . لا يضمن ، أما إذا لم ينص عليه . . فلا يتناول إذنه ما يكون سبباً في إتلافه .

قال : (**وفي الشم دية على الصحيح**) بالقياس على البصر ، واستدل له الرافعي وابن الرفعة بأن ذلك ورد في كتاب عمرو بن حزم ، ولا يعرف ذلك فيه .

والثاني : ليس فيه إلا حكومة ؛ لأنه ضعيف النفع ، فإن منفعته إدراك الروائح وما يتأذىٰ برائحته أكثر مما يتلذذ به .

ولو أذهب شم أحد المنخرين . . وجب نصف الدية .

قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه الوجه المذكور في إبطال سمع إحدى الأذنين .

وإن انتقص الشم . . نظر : إن علم قدر الذاهب . . وجب القسط ، وإلا . . فالحكومة ، ويمتحن المجني عليه بتقريب ما له رائحة طيبة أو خبيثة ، فإن هشَّ للطيبة وعبس للخبيثة . . صدق الجاني بيمينه ، وإلا . . صدق المجني عليه بيمينه بعد أن يكرر ذلك عليه .

وقيل : بشم الخردل المدقوق ، فإن دمعت عيناه . . فكاذب ، وإلا . . فلا .

قال بقية بن الوليد لشعبة ـ وهو من شيوخه ـ : ما تقول في رجل ضرب فادعىٰ زوال شمه؟ فقال : سمعت المشيخة يقولون : يشمم الخردل ، فإن دمعت عيناه . . فهو كاذب ، وإن لم تدمع . . أعطي الدية .

فإن اختلفا في نفس النقصان . . صدق المجني عليه ؛ إذ لا يعرف إلا من جهته .

ولو أخذ المجني عليه الدية ثم عاد الشم . . وجب ردها[1] .

قال : (**وفي الكلام دية**) قال الشافعي : لا أحفظ عن أحد لقيته من أهل العلم فيه خلافاً ، ونقله ابن المنذر عن أكثر أهل العلم ومنهم الأئمة الثلاثة ، ولم تثبت فيه سنة .

وقول الرافعي وغيره عن زيد بن أسلم : مضت السنة بالدية فيه غريب ، إنما رواه البيهقي عنه في الصوت .

---

(١) في هامش (ص) : (لو قطع أنفه فذهب شمه . . وجبت ديتان كما في السمع ؛ لأن الشم لا يحل الأنف) .

وَفِي بَعْضِ ٱلْحُرُوفِ قِسْطُهُ ، وَٱلْمُوَزَّعُ عَلَيْهَا ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ حَرْفاً فِي لُغَةِ ٱلْعَرَبِ ، وَقِيلَ : لاَ يُوَزَّعُ عَلَى ٱلشَّفَهِيَّةِ وَٱلْحَلْقِيَّةِ ، . . . .

ثم إنما تجب الدية إذا حكم أهل الخبرة بأن نطقه لا يعود ، فإن عاد . . استردت .

فلو ادعاه . . امتحن في الخلوة بما يفزع ، فإن لم يظهر شيء . . حلف .

قال : (**وفي بعض الحروف قسطه**) فلكل حرف ربع سبع الدية ؛ فإن الكلام يتركب منها ، وسواء ما خف منها على اللسان وما ثقل .

قال : (**والموزع عليها ثمانية وعشرون حرفاً في لغة العرب**) ؛ لأن اللسان يعبر عن جميعها ، ولهـٰذا لا ينطق الأخرس بشيء منها ، وعدها الجمهور كما عدها المصنف ، وأسقطوا لا ؛ لأنها لام وألف وهما معدودان .

والماوردي والإصطخري وجمهور النحاة عدوها تسعاً وعشرين ، وأسقط المبرد (الهمزة) فجعلها ثمانية وعشرين .

ولا شك أن حروف اللغات مختلفة ، فبعضها أحد وعشرون ، وبعضها ستة وعشرون ، وبعضها أحد وثلاثون ، فكل من تكلم بلغة فبطل كلامه . . وزعت ديته علىٰ حروف تلك اللغة .

وقد انفردت العرب بحرف الضاد ، فلا يوجد في غيرها كما تقدم في (صفة الصلاة) .

وفي بعض اللغات حروف ليست في لغة العرب ، كالحرف المتولد بين الجيم والشين .

فلو كان أعجمي اللسان . . اعتبر عدد حروف لغته .

قال : (**وقيل : لا يوزع على الشفهية والحلقية**) هـٰذا رأي الإصطخري وابن أبي هريرة ؛ فإنهما خصا التوزيع بحروف اللسان ، وهي ثمانية عشر ؛ لأنها متعلقة به دون (الشفهية) ، وهي أربعة : الباء والفاء والميم والواو ، ودون (الحلقية) ، وهي ستة : الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين ، وبهـٰذا قال مالك .

واستدل للأول بأن الحروف وإن كانت مختلفة المخارج إلا أن الاعتماد في جمعها على اللسان ؛ إذ لا يستقيم النطق إلا به .

وَلَوْ عَجزَ عَنْ بَعْضِهَا خِلْقَةً أَوْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ . . فَدِيَةٌ ، وَقِيلَ : قِسْطٌ ، أَوْ بِجِنَايَةٍ . . فَٱلْمَذْهَبُ : لاَ تُكَمَّلُ دِيَةٌ ، . . . .

هـٰذا إذا ذهب بعض الحروف وبقي كلام مفهوم ، فإذا لم يبق كلام مفهوم . . فوجهان :

أحدهما : يجب كمال الدية ، وبه جزم البغوي ، وقال الروياني : إنه المذهب .

والثاني : لا يلزمه إلا قسط الحروف الفائتة ، قال المتولي : وهو المشهور المنصوص .

ولو ضرب شفته فأذهب الحروف الشفهية ، أو رقبته فأذهب الحروف الحلقية . . قال المتولي : إن قلنا بقول الإصطخري . . وجبت الحكومة فقط ، وإن قلنا بقول الأكثرين . . وجب قسط الدية من جميع الحروف .

ولو جنىٰ علىٰ لسانه فصار يبدل حرفاً بحرف . . وجب قسط الحرف الذي أبطله ، ولو ثقل لسانه بالجناية ، أو حدث في كلامه عجلة ، أو تمتمة ، أو فأفأة ، أو كان ألثغ فزادت لثغته . . فالواجب الحكومة ؛ لبقاء المنفعة .

وتعبيره بـ(الشفهية) هو الصواب ؛ لأنها منسوبة إلى الشفة ، وأصلها : شفهة .

وأما تعبير « المحرر » بالشفوية . . فلا وجه له إلا علىٰ قول ضعيف : إن المحذوف منها الواو .

قال : (**ولو عجز عن بعضها خلقة أو بآفة سماوية . . فدية**) ؛ لأن ضعف منفعة العضو لا يخل بكمال ديته كضعف البطش ، فإذا أذهب بعض الحروف . . وزعت على ما يحسنه لا على الجميع .

قال : (**وقيل : قسط**) أي : من جميع الحروف ؛ لأن النطق مقدر بالحروف ، بخلاف البطش .

فعلىٰ هـٰذا : لو كان يقدر على التعبير عن جميع مقاصده بما يحسنه بذكائه . . لم تكمل الدية على الأصح .

قال : (**أو بجناية**) أي : عجز عن بعضها بجناية (. . **فالمذهب : لا تكمل دية**) ؛ لئلا يتضاعف الغرم في القدر الذي أبطله الجاني الأول ، والخلاف في هـٰذه مرتب على الخلاف في التي قبلها .

وَلَوْ قَطَعَ نِصْفَ لِسَانِهِ فَذَهَبَ رُبُعُ كَلَامِهِ أَوْ عَكَسَ . . فَنِصْفُ دِيَةٍ . وَفِي ٱلصَّوْتِ دِيَةٌ ، فَإِنْ أَبْطَلَ مَعَهُ حَرَكَةَ لِسَانٍ فَعَجَزَ عَنِ ٱلتَّقْطِيعِ وَٱلتَّرْدِيدِ . . فَدِيَتَانِ ، وَقِيلَ : دِيَةٌ . وَفِي ٱلذَّوْقِ ٱلدِّيَةُ ، . . . .

قال : (**ولو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه أو عكس . . فنصف دية**) ؛ لأن منفعة العضو إذا ضمنت بديته . . اعتبر فيه الأكثر من العضو والمنفعة ، كما لو قطع الخنصر فشَلت اليد . . وجب دية يد ، وإن لم تشل . . وجب عشر من الإبل وهو خُمس ديتها وإن كان الذاهب دون خمس المنفعة(١) .

قال : (**وفي الصوت دية**) ؛ لِما تقدم من رواية البيهقي له عن زيد بن أسلم من قوله : مضت السنة أن في الصوت الدية ، وقول الصحابي : (من السنة كذا) في حكم المرفوع ، ولأنه من المنافع المقصودة .

قال في « المطلب » : وصورة المسألة : أن يزول الصوت ويبقى اللسان على اعتداله وتمكنه من التقطيع والترديد .

قال : (**فإن أبطل معه حركة لسان فعجز عن التقطيع والترديد . . فديتان**) ؛ لأنهما منفعتان مختلفتان في كل واحدة منهما إذا انفردت الدية ، فإذا فوتتا . . وجب ديتان .

قال : (**وقيل : دية**) ؛ لأن المقصود الكلام ، لـٰكنه يفوت تارة ببطلان الصوت وأخرىٰ بعجز اللسان عن الحركة(٢) .

قال : (**وفي الذوق الدية**) كباقي الحواس ، بل هو أنفع من الشم ، وقد يبطل الذوق بجنايته على اللسان أو الرقبة أو غيرهما .

وصوره الجمهور بأن يجنىٰ عليه فيفقد لذة الطعام والتمييز بين الطعوم الخمسة الآتية ، واستشكله ابن الصباغ بأن النص : أن في لسان الأخرس الحكومة مع أن الذوق يذهب بقطعه ، فدل علىٰ أن في الذوق الحكومة ، وهو متوجه(٣) .

---

(١) في هامش (ص) : (كذلك فيما ذهب من اللسان والكلام) .
(٢) في هامش (ص) : (وقد يجتمع الطريقان ، وقد يوجد أحدهما خاصة) .
(٣) في هامش (ز) : (هـٰذا إن قلنا : إن الذوق في اللسان ، وإلا . . فليس بمتوجه) .

وَتُدْرَكُ بِهِ حَلَاوَةٌ وَحُمُوضَةٌ وَمَرَارَةٌ وَمُلُوحَةٌ وَعُذُوبَةٌ ، وَتُوَزَّعُ عَلَيْهِنَّ ، فَإِنْ نَقَصَ . . فَحُكُومَةٌ . وَتَجِبُ ٱلدِّيَةُ فِي ٱلْمَضْغِ ، وَقُوَّةِ إِمْنَاءٍ بِكَسْرِ صُلْبٍ ، . . . .

فإذا ادعىٰ ذهابه . . جرب بالأشياء المرة أو الحامضة أو الحادة ، فإن ظهر منه تعبيس وكراهة . . صدقنا الجاني بيمينه ، وإلا . . فالمجني عليه .

ولو ضربه ضربة زال بها ذوقه ونطقه . . وجبت ديتان ؛ لأن محلهما مختلف ، والنفع بهما قد ألف ، فليست ديتهما تأتلف .

قال : (**وتدرك به حلاوة وحموضة ومرارة وملوحة وعذوبة ، وتوزع عليهن**) ، فإذا أبطل إدراك واحد . . وجب خمس الدية .

قال الماوردي : وربما أوصل الأطباء الطعوم إلىٰ ثمانية ، وذلك لا نعتبره في الأحكام ؛ لدخول بعضها في بعض .

قال : (**فإن نقص . . فحكومة**) أي : فإن نقص الإحساس فلم تدرك الطعوم علىٰ كمالها . . فالواجب الحكومة .

قال : (**وتجب الدية في المضغ**) ؛ لأنه المنفعة العظمىٰ للأسنان ، والأسنان مضمونة بالدية ، فكذا منافعها ، كالبصر مع العين ، والبطش مع اليد ، فتكمل الدية في إبطاله ، ولإبطاله طريقان :

أحدهما : أن يجني على اللحيين فييبسا حتىٰ لم ينفتحا ولم ينطبقا فلا يضمن دية الأسنان حينئذ وإن ذهبت منافعها ؛ لأنه لم يجن عليها .

والثاني : أن يجني على الأسنان فيصيبها خدر فتبطل صلاحيتها للمضغ ، وهـٰذا الحكم لم يرد فيه خبر ولا أثر ، ولم يتعرض له الشافعي والجمهور ، وإنما قاله الفوراني والإمام ، فتبعهما الناس .

قال : (**وقوة إمناء بكسر صلب**) ؛ لأن فيه منفعة النسل فتكمل فيه الدية ، بخلاف انقطاع اللبن بالجناية على الثدي ؛ فإن فيه حكومة فقط ؛ لأن الرضاع يطرأ ويزول ، واستعداد الطبيعة للإمناء صفة لازمة للفحول .

وإذا قطع أنثييه فذهب ماؤه . . لزمه مع دية الأنثيين دية أخرىٰ ؛ لذهاب الماء .

وَقُوَّةِ حَبَلٍ وَذَهَابِ جِمَاعٍ ، وَفِي إِفْضَائِهَا مِنَ ٱلزَّوْجِ وَغَيْرِهِ دِيَةٌ ـ وَهُوَ : رَفْعُ مَا بَيْنَ مَدْخَلِ ذَكَرٍ وَدُبُرٍ ، . . . .

و(الصلب) : العظم المتصل من بين الكتفين إلىٰ عجب الذنب ، وفيه خمس لغات : صَلْب وصُلْب وصَلَب وصُلَب وصالِب ، وهي قليلة الاستعمال ، لم تسمع إلا في قول العباس رضي الله عنه : (تنقل من صالب إلىٰ رحم)[1] .

قال : (**وقوة حبل**) ، فتكمل فيه الدية إذا أبطله من المرأة ؛ لانقطاع النسل .

قال : (**وذهاب جماع**) ، فإذا جنىٰ علىٰ صلبه فذهب جماعه . . لزمه دية ؛ لأن ذلك من المنافع المقصودة ، وقد ورد به الأثر عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، ولا مخالف لهم .

ولو ادعىٰ زواله فأنكر الجاني . . صدق المجني عليه ؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته . وصوروه بما إذا لم ينقطع ماؤه وبقي ذكره سليماً ، فكأنهم أرادوا بذهابه : بطلان الالتذاذ والرغبة فيه ، ولذلك صوره الإمام والغزالي بإبطال شهوته ، واستبعد الإمام إبطالها مع بقاء المني .

قال : (**وفي إفضائها من الزوج وغيره دية**) ؛ لفوات منفعة الاستمتاع أو اختلاله ، سواء استمسك مع ذلك بولها أم لا ، وسواء أفضاها بذكر أم بغيره وإن كانت زانية .

وفي كلام بعضهم ما يفهم الإهدار فيها ، وفيه نظر إلا أن تكون عالمة بأنه يفضيها ، فيكون إذنها في ذلك كالإهدار .

وقد روي عن زيد بن ثابت وعمر بن عبد العزيز في الإفضاء الدية ، وعلله الماوردي بأنه يقطع التناسل ؛ لأن النطفة لا تستقر في محل العلوق لامتزاجها بالبول ، فأشبه قطع الذكر .

وأصل الإفضاء من الفضاء ، وهي البرية الواسعة .

ويستقر المهر على الزوج بالوطء .

قال : (**وهو رفع ما بين مدخل ذكر ودبر**) ؛ إذ به تفوت المنفعة بالكلية بصيرورة سبيل الجماع والغائط واحداً .

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٣٢٧) ، والطبراني في « الكبير » (٤/ ٢١٣) .

وَقِيلَ : ذَكَرٍ وبَوْلٍ ـ فإِنْ لَمْ يُمْكِنْ وَطْءٌ إِلاَّ بِإِفْضَاءٍ . . فَلَيْسَ لِلزَّوْجِ ، . . . .

قال : (**وقيل : ذكر وبول**) وهٰذا عليه الأكثرون ؛ لأن ما بين القبل والدبر عظم لا يتأتىٰ كسره إلا بحديدة أو نحوها ، ولذلك لم يفصح الرافعي فيه بترجيح ، بل نقل كلاً عن طائفة ، إلا أنه رجح الأول في « المحرر » و« الشرح الصغير » ، فتابعه المصنف عليه هنا وفي « الروضة » ، ثم خالفا ذلك فجزما بالثاني في (باب الخيار في النكاح) ، وهو الأوجه .

وفي وجه ثالث صححه المتولي : أن كلاً منهما إفضاء موجب للدية ؛ لأن الاستمتاع يختل بكل منهما .

فعلىٰ هٰذا : لو أزال الحاجزين . . لزمه ديتان ، ومحل إيجاب الدية إذا لم يلتحم ، فإن التحم وعاد الحاجز إلىٰ ما كان . . لم تجب إلا الحكومة ، كما لو عاد ضوء البصر .

وفي وجه : أن الدية تستقر ، كما لو التحمت الجائفة .

والفرق على الصحيح : أن هناك يلزم الأرش بالاسم ، وهنا بفوات العضو وهو الحاجز ، فإذا عاد . . فلا معنىٰ للدية .

ثم إن الدية الواجبة بالإفضاء تختلف : فقد يكون عمداً محضاً بأن كانت نحيفة والوطء يفضيها غالباً ، وقد يكون شبه عمد بأن يحتمل الإفضاء وعدمه ، وقد يكون خطأً بأن يجدها في فراشه فيظنها زوجته .

وخرج بقول المصنف : (إفضائها) الخنثى المشكل ؛ فلا دية في إفضائه على التفسير الثاني ، فإن قلنا بالتفسير الأول . . فوجهان .

ولو أزيلت البكارة من فرجه . . وجبت حكومة جراحة ، ولا تعتبر البكارة ؛ لأنا لا نتحقق كونه فرجاً ، كذا نقله الشيخان عن المتولي ، وناقشهما في « المهمات » .

قال : (**فإن لم يمكن وطء إلا بإفضاء . . فليس للزوج**) ؛ لإفضائه إلى الإفضاء المحرم ، وليس لها تمكينه في هٰذه الحالة .

وقال الغزالي : إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة . . فللزوج خيار

وَمَنْ لاَ يَسْتَحِقُّ ٱفْتِضَاضَهَا فَأَزَالَ ٱلْبَكَارَةَ بِغَيْرِ ذَكَرٍ.. فَأَرْشُهَا ، أَوْ بِذَكَرٍ لِشُبْهَةٍ أَوْ مُكْرَهَةً.. فَمَهْرُ مِثْلٍ ثَيِّباً وَأَرْشُ ٱلْبَكَارَةِ ، ....

الفسخ كالرتق ، وإن كان سببه كبر آلته بحيث يخالف العادة.. فلها خيار الفسخ كما في الجب .

وقد تقدم في (النكاح) : أنه لا خيار بذلك على المذهب .

قال الرافعي : ويشبه أن يفصل .

فإن كانت الزوجة تحتمل وطء نحيف مثلها.. فلا فسخ .

وإن كان ضيق المنفذ بحيث يفضي مثلها من أي شخص فرض.. فهو كالرتق ، وينزل ما قاله الأصحاب على الأول ، وما قاله الغزالي على الثاني .

قال : (**ومن لا يستحق افتضاضها فأزال البكارة بغير ذكر.. فأرشها**) المراد : الحكومة المأخوذة من تقدير الرق كما سيأتي في بيان الحكومة إن شاء الله تعالىٰ ، ويكون الواجب من جنس الإبل على الأصح ، وقيل : من نقد البلد .

قال : (**أو بذكر لشبهة أو مكرهةً.. فمهرُ مثلٍ ثيباً وأرشُ البكارة**) ، ولا يندرج أرشها في المهر ؛ لأن المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع ، والأرش يجب لإزالة تلك الجلدة ، فالجهتان مختلفتان .

وإن أزالها بالذكر ، فإن طاوعته.. فلا أرش كما لا مهر .

والمراد بـ(المطاوعة) : أن تصرح بالإذن ، فإن سكتت.. ففي وجوب المهر لها وجهان ، ذكرهما الرافعي في آخر (باب استيفاء القصاص) ، ومقتضاه : ترجيح الوجوب .

وجزم في « الروضة » في (باب البيوع المنهي عنها) بوجوب مهر بكر وأرش بكارة فيما إذا وطىء الجارية في الشراء الفاسد .

وإن كانت مكرهة أو نكح فاسداً.. فوجهان : أصحهما : يجب مهر مثلها ثيباً وأرش البكارة كما قاله المصنف .

واحترز بـ(المكرهة) عن المطاوعة ، فلا أرش لها ولا مهر .

وَقِيلَ : مَهْرُ بِكْرٍ ، وَمُسْتَحِقُّهُ لاَ شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : إِنْ أَزَالَ بِغَيْرِ ذَكَرٍ . . فَأَرْشٌ . وَفِي ٱلْبَطْشِ دِيَةٌ ، وَكَذَا ٱلْمَشْيُ ، وَنَقْصُهُمَا حُكُومَةٌ ، . . . .

وأغرب ابن القطان فقال : إذا لف علىٰ ذكره خرقة وأفضاها . . كذلك لا مهر لها ، وإنما يلزمه الأرش كما لو أزال بكارتها بإصبعه .

قال : (**وقيل : مهر بكر**) ؛ لأن القصد الاستمتاع ، والجلدة زالت في ضمنه ، وهٰذا صححه في « الروضة » في (باب خيار النقص) .

والصغيرة والمجنونة يظهر أنهما كالمكرهة .

ومن لزمه أرش البكارة لو حصل معه إفضاء . . دخل أرش البكارة في دية الإفضاء في الأصح ؛ لأنهما يجبان بالإتلاف فدخل الأقل في الأكثر ، بخلاف المهر ؛ فهو للاستمتاع فلا يندرج في الإتلاف ، كما لو تحامل عليها حال الوطء فكسر رجلها . . لا يدخل المهر في دية الرجل .

قال : (**ومستحقه**) وهو الزوج (**لا شيء عليه**) ؛ لأنه مأذون له فيه شرعاً فلا يضره الخطأ في طريق الاستيفاء .

قال : (**وقيل : إن أزال بغير ذكر . . فأرش**) ؛ لعدوله عن الطريق المستحق له ، فيكون حينئذ كالأجنبي ، وفيما رجحوه نظر ؛ لأن الزوج قد يطلق قبل الدخول فيصير مهرها مهر ثيب بعد أن كان مهر بكر فيحصل لها الضرر .

قال : (**وفي البطش دية ، وكذا المشي**) ؛ لأنهما من المنافع المقصودة ، فإذا ضرب يديه فأشلهما . . لزمت الدية ، ولو ضرب إصبعه فشَلت . . لزمه دية إصبع ، ولا تؤخذ الدية حتىٰ يندمل ، فإن شفي وعاد مشيه وبطشه . . فلا دية ، لٰكن عليه الحكومة إن بقي عليه أثر شين(١) .

قال : (**ونقصهما حكومة**) ؛ لأجل ما فات ، والمراد : نقص كل منهما(٢) .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .
(٢) في هامش (د) : (« محلي » : ومن نقص المشي : أن يحتاج فيه إلى عصا) .

وَلَوْ كَسَرَ صُلْبَهُ فَذَهَبَ مَشْيُهُ وَجِمَاعُهُ أَوْ وَمَنِيُّهُ. . فَدِيَتَانِ ، وَقِيلَ : دِيَةٌ .

فَرْعٌ :

أَزَالَ أَطْرَافاً وَلَطَائِفَ تَقْتَضِي دِيَاتٍ فَمَاتَ سِرَايَةً. . فَدِيَةٌ ، وَكَذَا لَوْ حَزَّهُ ٱلْجَانِي قَبْلَ ٱنْدِمَالِهِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**ولو كسر صلبه فذهب مشيه وجماعه أو منيه . . فديتان**) ؛ لأن كل واحد منهما مضمون بالدية عند الانفراد فكذا عند الاجتماع .

قال : (**وقيل : دية**) ؛ لأن الصلب محل المني ومنه يبتدىء المشي ، واتحاد المحل يقتضي اتحاد الدية .

جواب هـٰذا : أن المشي في الرجل لا في الصلب ، والماء ليس له محل مخصوص في البدن وإنما يتولد من الأغذية الصحيحة إذا أخذ منها البدن .

تتمة :

اختلف الجاني والمجني عليه في زوال المشي . . امتحن المجني عليه ؛ بأن يُقصد بالسيف في غفلة منه ، فإن مشىٰ . . بان كذبه ، وإلا . . حلف وأخذ الدية .

قال : (**فرع**) هـٰذا الفرع ذكره لاجتماع ديات في الإنسان .

قال الغزالي : وهي تقرب من عشرين ، وعدها الشيخان سبعة وعشرين في الرجل ، وستة وعشرين في المرأة ، فإذا أضيف إليها موجبات الحكومة والشجاج والجوائف . . اجتمع من ذلك مال كثير لا ينحصر .

قال : (**أزال أطرافاً ولطائف تقتضي ديات فمات سراية . . فدية**) ؛ لأنها صارت نفساً .

فالأطراف كاليد والرجل ، واللطائف كالسمع والبصر ، فلو سرىٰ بعضها واندمل بعض . . وجب في المندمل أرشه ، ورجعت دية الساري إلى النفس .

قال : (**وكذا لو حزه الجاني قبل اندماله في الأصح**) . . فلا تجب إلا دية النفس ؛

فَإِنْ حَزَّ عَمْداً وَٱلْجِنَايَاتُ خَطَأً أَوْ عَكْسُهُ . . فَلاَ تَدَاخُلَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ حَزَّ غَيْرُهُ . . تَعَدَّدَتْ . . . .

لأنها وجبت قبل استقرار بدل الأطراف ، فيدخل فيها بدل الأطراف كما لو سرت .

والثاني ـ وخرجه ابن سريج ، وبه قال الإصطخري ، واختاره الإمام ـ : تجب دية الأطراف مع دية النفس ولا تداخل ، كما لو حز بعد الاندمال ، وكما لو كان الحاز غيره .

واحترز بقوله : (قبل الاندمال) عما بعده ؛ فإنه تجب دية الأطراف ودية النفس قطعاً ؛ لاستقرار دية الأطراف بالاندمال ، وهـٰذا بخلاف ما إذا قطع أعضاء بهيمة فسرت الجناية إلى النفس أو عاد فقتلها ؛ فإنه تجب قيمتها يوم موتها ، ولا تندرج فيها قيمة الأطراف ؛ لأن الغالب علىٰ جنايات الإنسان التعبد الذي لا يوقف علىٰ معناه[1] .

قال : (**فإن حز عمداً والجنايات خطأ أو عكسه . . فلا تداخل في الأصح**) ؛ لأن التداخل يليق بالمتفقات دون المختلفات ، وهـٰذا عكس الأصح في نظيره من العدة .

والثاني : يتداخلان كما لو كانا عمدين أو خطأين .

قال : (**ولو حز غيره . . تعددت**) قولاً واحداً ؛ لأن ما حصل بفعل الثاني جنايةٌ أخرىٰ لا تعلُّق لها بما فعل الأول ، فلا تداخل ، بل علىٰ كل واحد منهما موجَب ما جنىٰ .

تتمة :

قطع يده خطأً ثم حز رقبته قبل الاندمال عمداً . . فللولي قتله قصاصاً وليس له قطع يده .

فإن قتله قصاصاً وقلنا بالتداخل وجعلنا الحكم للنفس . . فلا شيء له من الدية .

وإن قلنا : لا تداخل . . أخذ نصف الدية من العاقلة لليد .

وإن عفا عن القصاص وقلنا بالتداخل . . فالأصح : تجب دية مغلظة على الجاني ؛

---

(١) في هامش (ز) : (أي : والبهيمة مال فيضمن كمالاً ولا قصاص) .

فَصْلٌ :

تَجِبُ ٱلْحُكُومَةُ فِيمَا لاَ مُقَدَّرَ فِيهِ ـ وَهِيَ جُزْءٌ نِسْبَتُهُ إِلَىٰ دِيَةِ ٱلنَّفْسِ ، وَقِيلَ : إِلَىٰ عُضْوِ ٱلْجِنَايَةِ ـ نِسْبَةُ نَقْصِهَا مِنْ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ رَقِيقاً بِصِفَاتِهِ ، . . . .

لأن معنى التداخل : إسقاط بدل الطرف والاقتصار علىٰ بدل النفس .

وإن قلنا : لا تداخل . . وجب نصف دية مخففة على العاقلة لليد ، ودية مغلظة عليه للنفس .

قال : (**فصل :**

تجب الحكومة فيما لا مقدَّر فيه ، وهي جزءٌ نسبتُهُ إلىٰ دية النفس ـ وقيل : إلىٰ عضو الجناية ـ نسبةُ نقصها من قيمته لو كان رقيقاً بصفاته) لَمَّا انتهى الكلام في الدية . . عقَّبه بذكر الحكومة ؛ لتأخرها عنها ؛ لأنها لا تجب إلا فيما لا مقدر فيه ، والغزالي ذكرها في أوائل الباب .

قال الرافعي : وذكرها هنا أحسن ؛ ليتم الكلام على الانتظام ، وكذلك صنع في « الروضة » فذكرها هـٰهنا .

مثاله : جرح يده ، فيقال : كم قيمة المجني عليه بصفاته التي هو عليها بغير جناية لو كان عبداً؟ فإذا قيل : مئة . . فيقال : كم قيمته بعد الجناية؟ فإذا قيل : تسعون . . فالتفاوت العشر ، فيجب عشر دية النفس ؛ لأن الجملة مضمونة بالدية فتضمن الأجزاء بجزء منها ، وهـٰذا هو الصواب الذي قطع به الجمهور .

والوجه الثاني : أنه ينسب إلىٰ عضو الجناية لا إلىٰ دية النفس ، فيجب عشر دية اليد وهو خمس من الإبل ، فإن كانت الجناية علىٰ إصبع بطولها . . وجب بعير ، أو علىٰ أنملة . . وجب ثلث بعير ، ويقاس علىٰ ذلك ما أشبهه[1] . .

والمصنف أطلق الخلاف ، ومحله : إذا كانت الجناية علىٰ عضو له أرش مقدر ، فإن كانت على الصدر أو الفخذ مما لا تقدير فيه . . اعتبرت من دية النفس بلا خلاف كما سيأتي .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : على الوجه الثاني ؛ لأن نسبة بعض القيمة إلى اليد العشر ، وعشر دية اليد خمس من الإبل ، توزع على الأصابع الخمسة فيخص كل إصبع بعير) .

فَإِنْ كَانَتْ لِطَرَفٍ لَهُ مُقَدَّرٌ . . ٱشْتُرِطَ أَنْ لاَ تَبْلُغَ مُقَدَّرَهُ ، فَإِنْ بَلَغَتْهُ . . نَقَصَ ٱلْقَاضِي شَيْئاً بِٱجْتِهَادِهِ ، . . . .

لـٰكن يستثنىٰ من النسبة : ما إذا قطع أنملة لها طرفان ؛ فإن الواجب فيها دية الأنملة وحكومة ، وهـٰذه الحكومة لا تعتبر بالنسبة ، بل يوجب الحاكم فيها ما يؤدي إليه اجتهاده ، وهـٰذا التقدير مختص بالحاكم ، فلو فعله غيره . . لم يكن له أثر في ذلك .

قال الماوردي : ولهـٰذا سميت حكومة ، قال : وإذا تقدرت باجتهاد الحاكم . . لم يصر ذلك حكماً مقدراً في كل أحد ، بخلاف ما ورد في تقدير جزاء الصيد ؛ فإنه لازم لكل أحد ، والفرق : قصور رتبة الاجتهاد عن النص .

فرع :

إزالة الشعر من الرأس وغيره بحلق أو غيره من غير إفساد المنبت لا تجب لها حكومة أصلاً بلا خلاف ؛ لأن الشعور تعود ، كذا في « الروضة » ، وفيه في « الكفاية » وجهان آخران :

أحدهما : تجب فيه حكومة دون حكومة ما لم يعد .

والثاني : إن حصل للمجني عليه ألم بالإزالة . . وجب ، وإلا . . فلا .

وأما إزالة الشعور التي ليس في بقائها جمال كشعر لحية المرأة والإبط والعانة . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا ضمان فيه .

والثاني : فيه الحكومة .

ولو أزال شعر لحية خنثىٰ وأفسد منبتها ، فإن قلنا : نباتها يدل علىٰ ذكورته . . لزمه حكومة قطعاً ، وإن قلنا : لا يدل ، وهو الأصح . . ففي لزومها الوجهان في لحية المرأة .

قال : (**فإن كانت لطرف له مقدَّر . . اشترط أن لا تبلغ مقدَّره ، فإن بلغته . . نقص القاضي شيئاً باجتهاده**) ؛ لأن العضو مضمون بالأرش لو فات فلا يجوز أن تكون

أَوْ لاَ تَقْدِيرَ فِيهِ كَفَخِذٍ . فَأَنْ لاَ تَبْلُغَ دِيَةَ نَفْسٍ . وَيُقَوَّمُ بَعْدَ ٱنْدِمَالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ نَقْصٌ . ٱعْتُبِرَ أَقْرَبُ نَقْصٍ إِلَى ٱلِاندِمَالِ ، وَقِيلَ : يُقَدِّرُهُ قَاضٍ بِٱجْتِهَادِهِ ، . . .

الجناية عليه مضمونة به مع بقائه ، كالجراحة على الأنملة العليا ، وقلع الظفر ينقص حكومتهما عن أرش الأنملة .

قال الماوردي : وأقل النقص ما يجوز أن يكون ثمناً .

وقال الإمام : لا يكفي حط أقل متمول ، فإذا كانت على الرأس.. فلا تبلغ حكومتها أرش الموضحة ، وعلى البطن.. لا تبلغ أرش الجائفة ، وحكومة أرش الكف لا تبلغ دية الأصابع الخمس .

ويجوز أن تبلغ حكومة الكف دية إصبع على الأشبه في « الشرح » والأصح في « الروضة » ، وصحح في « الكفاية » تبعاً للإمام مقابله ، وعلل الأول بأن منفعتها تزيد علىٰ منفعة إصبع ، ونظير اعتبار نقص الحكومة عن المقدر نقص التعزير عن الحد ، والرضخ عن السهم ، والمتعة عن نصف المهر .

قال : (**أو لا تقدير فيه كفخذ.. فأن لا تبلغ دية نفس**) ، بل يجوز أن تبلغ حكومتها دية عضو مقدر كاليد والرجل ، وأن يزاد عليه ، وجعل المتولي والبغوي الساعد والعضد من هـٰذا القبيل ، وهو الأصح في « الشرح » و« الروضة » ، وسوّى الغزالي بينهما وبين الكف ، وهو منصوص « الأم » ، وهو المعتمد ، لا ما رجحه الشيخان ، وليست في « المهمات » .

قال : (**ويقوَّم بعد اندماله**) ؛ لأن الجراحة تسري إلى النفس أو إلىٰ ما يكون واجبه مقدراً ، فيكون ذلك هو الواجب لا الحكومة .

قال : (**فإن لم يبق نقص**) ، كما إذا قلع سناً أو قطع إصبعاً زائدتين (**.. اعتبر أقرب نقص إلى الاندمال**) ، فينظر إلىٰ ما قبل الاندمال من الحالات التي تؤثر في نقص القيمة ، ويعتبر أقربها إلى الاندمال كما قلنا في ولد المغرور : إنه يقوّم أول حال إمكان تقويمه ، وهو حالة الوضع .

قال : (**وقيل : يقدره قاض باجتهاده**) ؛ لئلا تذهب الجناية هدراً ، فينظر إلىٰ خفة الجناية ، وفحشها في المنظر سَعةً وعرضاً ، وقدر الآلام المتولدة .

وَقِيلَ : لاَ غُرْمَ . وَٱلْجُرْحُ ٱلْمُقَدَّرُ كَمُوضِحَةٍ يَتْبَعُهُ ٱلشَّيْنُ حَوَالَيْهِ ، وَمَا لاَ يَتَقَدَّرُ يُفْرَدُ بِحُكُومَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَفِي نَفْسِ ٱلرَّقِيقِ قِيمَتُهُ ، . . . .

قال : (**وقيل : لا غُرم**) ، بل يعزر فاعل ذلك ، كما إذا لطمه أو ضربه بمثقل فزال الألم ولم يَنقُص منفعةً ولا جمالاً ، واختاره ابن سريج ، وقال الإمام : إنه القياس .

قال : (**والجرح المقدر كموضحة يتبعه الشين حواليه**) ؛ لأنه لو استوعب الإيضاح جميع موضع الشين . . لم يكن فيه إلا أرش الموضحة .

هـٰذا إذا كان الشين في محل الإيضاح ، أما إذا أوضح رأسه فاتسع الشين حتى انتهىٰ إلى القفا . . فوجهان من غير ترجيح(١) .

قال : (**وما لا يتقدر يفرد بحكومة في الأصح**) ، فتجب حكومتان حكومة له وأخرىٰ لشينه ؛ لأن الحكومة ضعيفة عن الاستتباع ، بخلاف الدية .

والثاني : يجب أكثرهما حكومة وتتبعه حكومة الأقل ؛ لأن الجرح هو الأصل ، والشين كالمتولد منه أو التابع ، وعلىٰ هـٰذا : فإن استويا . . فوجهان .

وفائدة الخلاف تظهر في عفوه عن إحدى الحكومتين . . فتجب الأخرىٰ .

ويرد علىٰ إطلاق المصنف المتلاحمة ؛ فإنها ليست مقدرة دائماً ، وهي كالموضحة في استتباع الشين إذا قدرنا أرشها بالنسبة إلى الموضحة في الأصح .

تتمة :

أوضح جبينه وأزال حاجبه . . فعليه الأكثر من أرش الموضحة وحكومة الشين وإزلة الحاجب ، قاله المتولي ، وأقره عليه الشيخان .

قال : (**وفي نفس الرقيق قيمته**) لَمَّا انتهى الكلام من الحكومة . . عقَّبها بذكر الجناية على الرقيق ؛ لاشتراكهما في الأمر التقديري ، ولذلك قال الأئمة : إن العبد أصل الحر في الجنايات التي لا يتقدر أرشها ، كما أن الحر أصل العبد في الجنايات التي يتقدر أرشها ، حيث تجعل جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته .

---

(١) في هامش (ز) : (صحح البارزي عدم الاستتباع فتجب حكومة ، وهو المعتمد) .

وَفِي غَيْرِهَا مَا نَقَصَ إِنْ لَمْ يَتَقَدَّرْ مِنَ ٱلْحُرِّ ، وَإِلاَّ . . فَنِسْبَتُهُ مِنْ قِيمَتِهِ ، وَفِي قَوْلٍ : مَا نَقَصَ ، . . . .

وقد استوفى المصنف في (كتاب الغصب) حكم الجناية على الرقيق وغيره من الحيوان ، وإنما أعاده هنا ؛ لأن الجناية عليه تارة تكون من غير إثبات يد عادية وهو المذكور هنا ، وتارة تكون بإثبات اليد وهو المذكور في (الغصب) ، وهما وإن استويا في حكم النفس لـٰكن يختلفان في الطرف ونحوه .

فإذا كانت الجناية علىٰ نفس الرقيق . . وجبت قيمته بالاتفاق كسائر الأموال المتلفة ، لـٰكن تختلف بالفضائل والرذائل دون الذكورة والأنوثة والأديان ، ولا مدخل فيها للتغليظ ، ولا يختلف الخطأ والعمد في ضمانه ، ويستوي فيه القن والمكاتب والمدبر وأم الولد ، فلو كانت مزوجة . . وجبت قيمتها على الصفة التي كانت عليها حالة الإتلاف .

قال : (**وفي غيرها**) أي : في غير النفس (**ما نقص إن لم يتقدر من الحر**) بلا خلاف ؛ لأنا نشبه الحر في الحكومة بالعبد ؛ ليعرف التفاوت فيرجع به ، ففي المشبه به أولىٰ .

قال : (**وإلا . . فنسبته من قيمته**) وإن تقدر من الحر كالموضحة وقطع الأطراف ، فيجب جزء من قيمته ، نسبته إلى القيمة كنسبة الواجب من الحر إلى الدية .

روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا : (جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته) ، ورواه الشافعي [رسالة ٥٣٨/١] والبيهقي [٩٨/٦] عن سعيد بن المسيب أيضاً ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : الواجب قدر النقصان ، إلا في الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة ؛ ففيها المقدر .

قال : (**وفي قول : ما نقص**) أي : من قيمته ، كما أن الواجب في الجملة قدر القيمة ؛ لأنه مملوك كالبهيمة ، وبهـٰذا قال المزني وابن سريج ، ونسبه المصنف في (الغصب) إلى القديم ، وهو منصوص « الأم » في هـٰذا الباب .

وخرج بـ(الرقيق) : المبعض ، فقال الماوردي : في طرفه نصف ما في طرف

فَلَوْ قُطِعَ ذَكَرُهُ وَأُنْثَيَاهُ . . فَفِي ٱلْأَظْهَرِ : قِيمَتَانِ ، وَٱلثَّانِي : مَا نَقَصَ ، فَإِنْ لَمْ يَنْقُصْ . . لاَ يَجِبُ شَيْءٌ . . . .

العبد ونصف ما في طرف الحر ، ففي يده ربع الدية وربع القيمة ، وفي إصبعه نصف عشر الدية ونصف عشر القيمة ، وعلىٰ هـٰذا القياس فيما زاد في الجراحات أو نقص .

قال : (**فلو قطع ذكره وأنثياه . . ففي الأظهر : قيمتان**) كما يجب فيهما ديتان من الحر .

قال : (**والثاني : ما نقص**) أي : من قيمته بالجرح كالبهيمة (**فإن لم ينقص**) شيء ، أو زادت . . فالأصح ـ كما قال المصنف ـ : (**لا يجب شيء**) .

وقيل : حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده .

فلو قطع عبداً قيمته ألف فرجعت إلىٰ مئتين . . فعلى الأصح : لا يلزمه إلا خمس مئة وعلى الآخر ثمان مئة ، ولو رجعت إلى ثمان مئة . . فعلى الأصح : لا تلزمه إلا خمس مئة وعلى الآخر تلزمه مئتان .

تتمة :

محل ما ذكره المصنف إذا لم يقطع يده غاصب ونحوه ، فإن كان كذلك ونقص به مثلاً ثلثا قيمته . . لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش بسبب اليد العادية كما تقدم في بابه .

* * *

خاتمة

جنىٰ على العبد اثنان قطع أحدهما يده والآخر اليد الأخرىٰ . . فعلى الأصح : إن وقعت الجنايتان معاً . . فعليهما قيمته ، وإن تعاقبتا وكانت القيمة عند قطع الثاني ناقصة بسبب القطع الأول ، فإن مات منهما . . ففي الواجب عليهما أوجه تأتي في (كتاب الصيد) .

وإن اندملا ، فإن وقع القطع الثاني بعد اندمال الأول . . فعلىٰ كل منهما نصف

. . . .

قيمته قبل جنايته ، وإن وقع قبل اندمال الأول . . فعلى الثاني نصف ما أوجبناه على الأول .

وعلى الوجه الثاني : يجب علىٰ كل قاطع ما نقص بجنايته ، فإذا قطعت أطراف عبد ثم حز رقبته آخر . . لزمه قيمة العبد ذاهب الأطراف[1] .

* * *

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

بَابُ مُوجِبَاتِ ٱلدِّيَةِ وَٱلْعَاقِلَةِ وَٱلْكَفَّارَةِ

صَاحَ عَلَىٰ صَبِيٍّ لاَ يُمَيِّزُ عَلَىٰ طَرَفِ سَطْحٍ فَوَقَعَ بِذَلِكَ فَمَاتَ . . فَدِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى ٱلْعَاقِلَةِ ، . . . .

باب موجبات الدية والعاقلة والكفارة

غرض الباب بيان : أن الواجب في إهلاك النفس وما دون النفس كما يجب بمباشرة الإهلاك يجب بالتسبب إليه ، وقد سبق أن مراتب الشيء الذي له أثر في ذلك ثلاث ، وهي : العلة والسبب والشرط .

ثم أضاف إلىٰ ذلك حكم العاقلة والكفارة ، وكان ينبغي أن يقول : وجناية العبد ؛ فإنه من فصول الباب ، وكذا الغرة ، لـٰكن يمكن إدراجهما في العاقلة ؛ لأنها تتحملهما على الأصح ، ولم يبوب في « المحرر » علىٰ هـٰذه ، بل جعلها فصولاً في (الديات) .

و(العاقلة) جمع : عاقل ، والعواقل جمع الجمع ، سميت عاقلة ؛ لأنهم كانوا يعقلون الإبل بفناء دار القتيل ، وقيل : لمنعهم إياه ، وقيل : لإعطائهم العقل ، وهو : الدية .

وقيل : لدفعهم الإبل بالعقل ، وهي : الحبال التي تثنىٰ بها أيدي الإبل إلىٰ ركبها .

والمراد بـ(الكفارة) : كفارة القتل .

قال : (**صاح علىٰ صبي لا يميز علىٰ طرف سطح فوقع بذلك فمات . . فدية مغلظة على العاقلة**) ؛ لأنه يتأثر بالصيحة الشديدة كثيراً فأحيل الهلاك عليها ، وكذلك الحكم لو صاح علىٰ ضعيف التمييز كالمجنون والمعتوه والنائم والمرأة الضعيفة .

والمصنف تبع الرافعي في التقييد بطرف السطح ، وهو يقتضي : أن وسطه كالأرض فلا يضمن ، وعبارة « التنبيه » : (سطح) ، وهو أعم ، وعبارة

وَفِي قَوْلٍ : قِصَاصٌ . وَلَوْ كَانَ بِأَرْضٍ ، أَوْ صَاحَ عَلَىٰ بَالِغٍ بِطَرَفِ سَطْحٍ . . فَلاَ دِيَةَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَشَهْرُ سِلاَحٍ كَصِيَاحٍ ، . . . .

« الروضة » : (فمات منه) ، وهي أحسن من عبارته هنا ؛ فإنه لو بقي مدة متألماً ثم مات منه . . ضمنه ، كما لو مات عقبه .

ويلتحق بالموت ما لو تلف بعض أعضائه . . فإنه يضمنه بأرشه ، ولو زال عقله . . وجبت الدية ، كما جزم به الإمام ، ونص عليه في « الأم » .

وخرج بـ(الصياح عليه) : ما لو صاح علىٰ غيره فوقع هو من الصياح . . فهل يكون هدراً أو كما لو صاح علىٰ صيد؟ الأقرب : الثاني .

قال : (**وفي قول : قصاص**) ؛ لأن التأثر بها غالب ، وعن أبي حنيفة : لا ضمان في ذلك .

قال الرافعي : وقياس من يوجب القصاص : أن تكون الدية مغلظة على الجاني ، وما قاله بحثاً صرح بنقله البندنيجي .

ومثل طرف السطح : النهر والبئر ونحوها ، ووقع في « الشرح » و« الروضة » و« المحرر » و« الحاوي الصغير » : (فارتعد) ، فجعلوا الارتعاد شرطاً ؛ ليظهر به أن السقوط من خوف الصيحة ، وحذفه المصنف ؛ لأن الجمهور لم يتعرضوا له ، لـٰكنه تعرض له فيما إذا صاح علىٰ صيد فاضطرب صبي وسقط ، وهو يقتضي اشتراطه هنا أيضاً ، وقد يفرق بينهما .

قال : (**ولو كان بأرض ، أو صاح علىٰ بالغ بطرف سطح . . فلا دية في الأصح**) ؛ لأن الموت بذلك بعيد .

والثاني : يجب كالسقوط من السطح .

وفي البالغ وجه ثالث : أنه إن غافصه[1] من ورائه . . وجب الضمان لغفلته ، وهو حسن .

قال : (**وشهرُ سلاحٍ كصياحٍ**) ؛ لأنه في معناه ، وربما زاد عليه .

---

(١) غافصه : فاجأه ، يقال : غافصتُ فلاناً إذا فاجأتَه وأخذتَه على غِرَّة منه .

وَمُرَاهِقٌ مُتَيَقِّظٌ كَبَالِغٍ . وَلَوْ صَاحَ عَلَىٰ صَيْدٍ فَٱضْطَرَبَ صَبِيٌّ وَسَقَطَ . . فَدِيَةٌ مُخَفَّفَةٌ عَلَى ٱلْعَاقِلَةِ . وَلَوْ طَلَبَ سُلْطَانٌ مَنْ ذُكِرَتْ بِسُوءٍ فَأَجْهَضَتْ . . ضُمِنَ ٱلْجَنِينُ .

قال : (**ومراهقٌ متيقظٌ كبالغٍ**) ؛ لمشاركته له في عدم التأثر ، فلا دية في الأصح .

وقوله : (كبالغ) يفهم : أن المميز غير المراهق ، وليس كذلك ، وقَلَّ من تعرض له ، لٰكن عموم قول « التنبيه » : (وإن صاح علىٰ صبي فوقع من سطح ومات . . وجبت ديته) يشمل ذلك .

قال : (**ولو صاح علىٰ صيد فاضطرب صبي وسقط . . فدية مخففة على العاقلة**) ؛ لأنه لا يتأثر بها غالباً ، فهو خطأ .

وفي وجه غريب عن صاحب « التلخيص » : أن الصائح إن كان محرماً أو في الحرم . . تعلق بصيحته الضمان ؛ لتعديه بذلك ، وقد صرح المصنف هنا بالاضطراب كما تقدمت الإشارة إليه .

قال : (**ولو طلب سلطانٌ مَن ذُكرت بسوء فأجهضت . . ضُمن الجنين**) خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : ما روى البيهقي [٦/ ١٢٣] عن الحسن البصري : أن عمر أرسل إلى امرأة من نساء الأجناد يغشاها الرجال بالليل يدعوها وكانت ترقىٰ في درج ففزعت ، فألقت حملها ، فاستشار عمر الصحابة فيها ، فقال عبد الرحمـٰن بن عوف : (إنك مؤدب ولا شيء عليك) ، وقال علي : (إن اجتهد . . فقد أخطأ ، وإن لم يجتهد . . فقد غشّك ، عليك الدية) ، فقال عمر لعلي : (عزمت عليك لتقسمنها علىٰ قومك) ـ قيل : أراد : قوم عمر ، وأضافهم إلىٰ علي إكراماً ـ لٰكن الأثر منقطع ؛ فإن الحسن ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر .

واحترز بقوله : (أجهضت) عما لو مات فزعاً بالطلب . . فلا ضمان ؛ لأن مثله لا يفضي إلى الموت .

نعم ؛ لو ماتت بالإجهاض . . ضمن عاقلته ديتها ؛ لأن الإجهاض قد يحصل منه موت الأم ، وعلم منه : أنه لو طلب رجلاً ذُكر عنده بسوء وهدده فمات . . لا ضمان أيضاً ؛ لندرة ذلك ، وإنما هو موافقة قدر ، كذا نص عليه في « الأم » .

وَلَوْ وَضَعَ صَبِيّاً فِي مُسْبَعَةٍ فَأَكَلَهُ سَبُعٌ. . فَلاَ ضَمَانَ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ ٱلِانْتِقَالُ. . ضَمِنَ . . . .

وفي « النهاية » : يجب الضمان ؛ لأنه من الأسباب المؤدية إلى الهلاك .

وذكر (السلطان) ليس بقيد في الضمان ، فلو هدد غيره حاملاً وأجهضت فزعاً. . فكذلك الحكم علىٰ ما بحثه الرافعي ؛ لأن إكراه غير الإمام كإكراه الإمام .

ولو أتىٰ رجل إلى امرأة وهددها عن الإمام ولم يكن الإمام أمر بذلك فأجضهت جنيناً. . ضمنته عاقلة الرجل .

ولو فزع إنسان إنساناً فأحدث[1] في ثوبه. . لا ضمان ؛ لأنه لم ينقص جمالاً ولا منفعة .

فائدة :

(الإجهاض) : إلقاء الولد قبل تمامه ، واستعمله المصنف في الآدميات ، والمعروف تخصيصه بالإبل ، قاله ابن سيده وغيره .

وقال أبو عبيد : يقال : أجهضت الناقة ، وأزلقت الرمكة ، وأسقطت النعجة : إذا ألقت ولدها قبل تمامه ، وهو ظاهر كلام الجوهري ؛ فإنه ذكر الإجهاض في الناقة وحدها ، وذكر أن الإسقاط يستعمل فيها وفي غيرها .

قال : (**ولو وضع صبياً في مسبعة فأكله سبع . . فلا ضمان**) ؛ لأن الموجود تضييع وليس بإهلاك ، ولأنه لم يُلجىء السبع إليه ، بل الغالب من حال السبع الفرار من الإنسان .

قال : (**وقيل : إن لم يمكنه الانتقال . . ضمن**) ؛ لأنه إهلاك عرفي ، وإن أمكنه الانتقال من موضع الهلاك فلم يفعل . . فلا ضمان على الواضع قطعاً ، كما لو فتح عرقه فلم يعصبه حتىٰ مات ، فإن كان الموضوع بالغاً فلا ضمان قطعاً .

---

(١) في هامش (ص) : (أي : غاط) .

وَلَوْ تَبِعَ بِٱلسَّيْفِ هَارِباً مِنْهُ فَرَمَىٰ نَفْسَهُ بِمَاءٍ أَوْ نَارٍ أَوْ مِنْ طَرَفِ سَطْحٍ . . فَلاَ ضَمَانَ ، فَلَوْ وَقَعَ جَاهِلاً لِعَمًى أَوْ ظُلْمَةٍ . . ضَمِنَ ، وَكَذَا لَوِ ٱنْخَسَفَ بِهِ سَقْفٌ فِي هَرَبِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال الرافعي : ويشبه أن يقال : الحكم منوط بالقوة والضعف لا بالصغر والكبر ، والذي قاله صرح به صاحب « المهذب » .

و(المسبعة) ـ بضم الميم وسكون السين ـ : الكثيرة السباع ، واحترز بها عما إذا وضعه في مضيعة لا سباع فيها فاتفق أن افترسه فيها سبع . . فلا ضمان عليه قطعاً ؛ إحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته .

وقد يقال : احترز بها عن زبية الأسد ؛ فإنها يجب فيها القود في البالغ والصبي ، وهـٰذه مسألة صاحب « التنبيه » وغيره ، وذكرها الرافعي في (الغصب) .

قال : (**ولو تبع بالسيف هارباً منه فرمىٰ نفسه بماء أو نار أو من طرف سطح . . فلا ضمان**) ؛ لأنه باشر إهلاك نفسه عمداً ، والمباشرة مقدمة على السبب ، وصار كما لو حفر بئراً فجاء آخر ورمىٰ نفسه فيها ، وفي « الشرح » و« الروضة » : أن هـٰذا محله في البالغ العاقل ، فلو كان المطلوب صبياً أو مجنوناً . . بني علىٰ أن : عمدهما عمد أو خطأ؟ إن قلنا : خطأ . . ضمنه ، وإلا . . فلا ضمان ، وكل ما كان في معنى السيف كالسيف .

قال : (**فلو وقع جاهلاً لعمى أو ظلمة . . ضمن**) ؛ لأنه لم يقصد إهلاك نفسه وقد ألجأه المتبع لذلك ، لـٰكن لو قتله آخر أو افترسه سبع في الطريق . . فلا ضمان بصيراً كان أو ضريراً ، إلا أن يُلجئه إليه . . فإنه يضمن .

قال : (**وكذا لو انخسف به سقف في هربه في الأصح**) ؛ لأنه حمله على الهرب وألجأه إليه ، ولو ألقىٰ نفسه على السقف من عُلْوٍ فانخسف به لثقله . . فكإلقاء نفسه في ماء أو نار ، ولا فرق في ذلك بين البالغ والصبي والمجنون على الأصح .

والثاني : لا ضمان ؛ لأن السبب المهلك له لم يشعر به الطالب والمطلوب ، فأشبه ما إذا اعترضه سبع فافترسه .

وَلَوْ سُلِّمَ صَبِيٌّ إِلَىٰ سَبَّاحٍ لِيُعَلِّمَهُ فَغَرِقَ . . وَجَبَتْ دِيَتُهُ . . . .

قال : (**ولو سُلِّم صبي إلىٰ سبَّاح ليعلِّمه فغرق . . وجبت ديته**) ؛ لأنه مات بإهماله وقلة تحفظه ، وتكون ديته دية شبه العمد ، كما لو هلك الصبي بضرب المعلم تأديباً .

وفي وجه : لا ضمان ، كما لو وضع الصبي في مسبعة ، وأيضاً الحر لا يدخل تحت اليد .

ويجري الوجهان فيما إذا كان الولي يعلمه بنفسه .

ولو أدخله الماء ليعبر به لا لتعليم السباحة فغرق . . فالحكم كما لو ختنه أو قطع يده من أكلة فمات ، كذا ذكره المتولي .

واحترز بـ(الصبي) عن البالغ العاقل إذا سلم نفسه إليه ليعلمه فغرق ؛ فلا ضمان على المشهور لاستقلاله .

وفي « الوسيط » : أنه إن خاض معه معتمداً علىٰ يده فأهمله . . احتمل أن يضمنه ، والذي ذكره العراقيون والبغوي : أنه لا ضمان ؛ لأنه مستقل ، وعليه أن يحتاط لنفسه ولا يغتر بقول السابح .

فائدة :

روى البيهقي في « سننه » [٦/٢١٤] في (باب السبق والرمي) عن عبد الله بن عمر[1] : أنه كتب إلىٰ أبي عبيدة : أن علموا غلمانكم العوم ومقاتِلَتِكم الرمي .

وروىٰ جماعة : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بلغ من العمر ست سنين . . خرجت به أمه إلىٰ طيبة تزيره في بني عدي بن النجار قال : « فأحسنت العوم في بئرهم »[2] .

وفي « صفوة الصفوة » في ترجمة أُسيد بن حُضير : أنه كان يكتب بالعربية ويحسن العوم والرمي ، وكانوا في الجاهلية يسمون من كانت فيه هـٰذه الخصال : الكامل .

---

(١) كذا في النسخ ، وفي « البيهقي » : عمر بن الخطاب وهو الصواب ، والله أعلم .
(٢) أخرجه ابن سعد في « الطبقات الكبرى » (١١٦/١) .

و(السباح) : العوام ، من السبح ، وهو : العوم في الماء والتقلب فيه .

قال الجوهري : ويقال : إنه لا ينسىٰ .

وقوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّ لَكَ فِي ٱلنَّهَارِ سَبْحًا طَوِيلًا ﴾ أي : ترداداً في أمورك كما يتردد السابح في الماء .

قال قوم من العلماء : معناه : أنه إن فات حزب الليل بنوم أو عذر.. فليخلف بالنهار .

واختلف في قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلسَّٰبِحَٰتِ سَبْحًا ﴾ :

فقيل : النجوم ؛ لأنها تسبح في فلك .

وقيل : الملائكة ؛ لأنها تتصرف في الأمور بأمر الله تجيء وتذهب .

وقيل : الشمس والقمر والليل والنهار .

وقيل : السحاب ؛ لأنها كالعائمة في الهواء .

وقيل : المنايا تسبح في نفوس الحيوان .

وقيل : جماعة الخيل ، ولذلك يقال للفرس : سابح .

وقيل : حيتان البحر ، وهي من عظيم المخلوقات ، فيروىٰ : أن الله تعالىٰ بث في الدنيا ألف نوع من الحيوان منها : أربع مئة في البر ، وست مئة في البحر .

قال : (**ويضمن بحفر بئر عدوان**)(١) ؛ لتعديه بذلك .

هٰذا إذا لم يعلم به الإنسان ، فإن علم وتعمد حتىٰ هلك.. فلا ضمان على الحافر ، وصورة العدوان لا تخفىٰ ، فإن كان الهالك بها آدمياً.. فالدية على العاقلة ، أو دابة أو مالاً آخر.. فالغرم في ماله حياً وميتاً ، فلو حفر في أرض غيره عدواناً.. فرضاه بإبقائها محفورة كرضاه بحفرها ابتداء على الأصح .

ومقتضىٰ كلام المصنف : أنه لا فرق في تضمين الحافر بين التردي فيها ليلاً أو

---

(١) في هامش (ز) : (ولا يفيده تصديق المالك بالإذن ـ أي : فيه ـ بعد التردي ، فلو قال بعده : حفر بإذني.. لم يصدق ، واحتاج الحافر إلىٰ بينة بإذنه . اهـ « شرح الروض ») .

نهاراً ، ونقله في « الوسيط » عن إطلاق الأصحاب ، وخصه الإمام بالتردي نهاراً .

هـٰذا إذا لم يوجد هناك مباشر ثان ؛ بأن رداه فيها إنسان غيره فالضمان على المردي ولا اعتبار بالحفر كالممسك والقاتل .

وشمل إطلاقه ما لو حصل التردي بعد موت الحافر ، والدية فيه على العاقلة .

وفي « الوسيط » في (باب كفارة القتل) : ولا خلاف في تعليق الضمان بتركته ، وهو محمول علىٰ ما إذا كان المتردي بهيمة أو عبداً[1] مما واجبه القيمة ؛ فإنها تجب في التركة ، وموضع التضمين : ما إذا تجرد التردي للإهلاك ، فلو تردت بهيمة ولم تتأثر بالصدمة وبقيت فيها أياماً ثم ماتت جوعاً أو عطشاً . . فلا ضمان على الحافر ؛ لحدوث سبب آخر ، كما لو جاء سبع فافترسها في البئر ، كذا نقله الرافعي في آخر (باب العاقلة) عن البغوي ، وأقرَّه .

قال : (لا في ملكه وموات) ؛ لأنه غير متعد ، حتىٰ لو دخل داخل بإذنه وتردىٰ فيه . . لم يضمن ، وعليه حمل ما في « الصحيحين » [خ ١٤٩٩ـم ١٧١٠] من قوله صلى الله عليه وسلم : « البئر جرحها جبار[2] ، والمعدن جرحه جبار » .

وقيل : معناه : أن الأجير في حفر البئر والمعدن إذا هلك كان هدراً .

قال أحمد : وما يروىٰ فيه من قوله : « والنار جبار » فغلط ليس بصحيح ، وقال أحمد : تصحفت من البئر ، فأهل اليمن يكتبون النار بالياء كما يكتبون البير ، والظاهر : أن ما تستحق منفعته بوصية أو وقف كملكه ، وكذا ما يستحقه بإجارة يجوز له معها الحفر .

والمراد بـ(حفر البئر في الموات) : أنه قصد أن ينتفع بها مدة مُقامه ثم يتركها للمسلمين ، كما نبه عليه البندنيجي وابن الرفعة .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (قوله : أو عبداً ، يعني : علىٰ أحد القولين) .

(٢) في هامش (د) : (قيل : هي العادية القديمة لا يعلم لها حافر ولا مالك فيقع فيها الإنسان أو غيره فهو جبار ، أي : هدر ، وقيل : هو الأجير الذي ينزل إلى البئر فينقبها أو يخرج شيئاً وقع فيها فيموت) .

وَلَوْ حَفَرَ بِدِهْلِيزِهِ بِئْراً وَدَعَا رَجُلاً فَسَقَطَ . . فَٱلأَظْهَرُ : ضَمَانُهُ ، أَوْ بِمِلْكِ غَيْرِهِ أَوْ مُشْتَرَكٍ بِلاَ إِذْنٍ . . فَمَضْمُونٌ ، . . . .

ومحل ما ذكره : إذا كانت مكشوفة أو عرَّفه المالك أن هناك بئراً وأمكنه التحرز ، فأما إذا لم يعرفه أو كان الداخل أعمىٰ أو في ظلمة . . فكما لو دعاه لطعام مسموم فأكله .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف مسألتان :

إحداهما : إذا حفر بالحرم بئراً في ملكه أو في موات . . فإنه يضمن الصيد الواقع فيه في الحرم على الأصح ، كما ذكره الرافعي في (باب محرمات الإحرام) ، ونقل الإمام فيه هنا الإجماع ، وقال : لا يستثنىٰ غيره ، وكذلك قاله المرعشي في (باب الغصب) ، ونقله عن النص .

الثانية : إذا حفرها أوسع من العادة . . فيجب ضمان ما يتلف بها .

ولو اجتمع التعدي مع الملك ؛ بأن حفر في أرضه التي أجرها أو رهنها بغير إذن المستأجر أو المرتهن . . فلا ضمان ؛ لأنه ملكه .

قال : (**ولو حفر بدهليزه بئراً ودعا رجلاً فسقط . . فالأظهر** : ضمانه) هـٰذا كالمستثنىٰ مما سبق ، وإنما ضمنه ؛ لأنه غره .

والثاني : لا يضمنه ؛ لأن المدعو هو الذي باشر إهلاك نفسه باختياره .

وقيل : إن كان الطريق واسعاً وعن البئر معدل . . فقولان ، وإن كان ضيقاً . . فقولان مرتبان ، وأولىٰ بالوجوب .

وعبارة المصنف تفهم التقييد بالمكلف ، لـٰكن عبارة « المحرر » و« الشرح » غيره ، وهي أعم .

قال : (**أو بملك غيره أو مشترك بلا إذن . . فمضمون**) ؛ لأنه متعد بالحفر ، وتكون الدية علىٰ عاقلته .

وقوله : (بلا إذن) يعود إلىٰ ملك غيره وإلى المشترك .

ولو حفر بئراً قريبة العمق ثم عمقها غيره . . فالأصح : أن الضمان عليهما ،

أَوْ بِطَرِيقٍ ضَيِّقٍ يَضُرُّ ٱلْمَارَّةَ . . فَكَذَا ، أَوْ لاَ يَضُرُّ وَأَذِنَ ٱلإِمَامُ . . فَلاَ ضَمَانَ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ حَفَرَ لِمَصْلَحَتِهِ . . فَٱلضَّمَانُ ، أَوْ مَصْلَحَةٍ عَامَّةٍ . . فَلاَ فِي ٱلأَظْهَرِ .

وقيل : يختص بالأول ، فعلى الأصح : عليهما الضمان بالسوية كالجراحات .

وقيل : توزع بحسب الحفر ، وسيأتي فيما لو وضع عدلاً في سفينة فيها تسعة أعدال فغرقت تصحيحُ : أنه يضمن التسعة ، والفرق : أن سبب الإهلاك في الأعدال متميز ، بخلاف هـٰذا .

ولو حفر بئراً متعدياً ثم طمه ثم حفره غيره فهلك به إنسان . . فهل الضمان على الأول ؛ لأنه المبتدىء ، أو الثاني ؛ لانقطاع فعل الأول بالطم؟ فيه وجهان : صحح المصنف الثاني .

قال ابن الرفعة : وينبغي أن يقال : إن طمه بوجه مشروع . . فلا وجه إلا تضمين الثاني ؛ لأن الأول بريء بالطم ، وإلا . . فهو محل الوجهين .

وإذا كان الحافر عبداً . . تعلق الضمان برقبته ، فلو أعتقه السيد . . فضمان من يتردىٰ بعد العتق يتعلق بالعتيق .

قال : (**أو بطريق ضيق يضر المارة . . فكذا**) أي : فمضمون للتعدي وإن أذن فيه الإمام ؛ إذ ليس له أن يأذن فيما يضر .

قال : (**أو لا يضر**) ؛ لسَعة الطريق أو لانحراف البئر عن الجادة .

قال : (**وأذن الإمام . . فلا ضمان**) ؛ لعدم التعدي ، سواء حفره لمصلحة عامة أو مصلحة نفسه .

قال : (**وإلا**) أي : إذا لم يأذن الإمام (**فإن حفر لمصلحته . . فالضمان**) ؛ لافتئاته على الإمام .

قال : (**أو مصلحة عامة . . فلا في الأظهر**) هـٰذا هو الجديد ؛ لأن المصالح العامة تغتفر لأجلها المضرات الخاصة ، ولأن مراجعة الإمام قد تعسر في ذلك .

والثاني ـ وهو القديم ـ : يضمن ؛ لأن الناظر للمسلمين فيما يتعلق بالمصالح العامة الإمام ولم يأذن .

وَمَسْجِدٌ كَطَرِيقٍ ، وَمَا تَوَلَّدَ مِنْ جَنَاحٍ إِلَىٰ شَارِعٍ فَمَضْمُونٌ ، . . . .

قال : (**ومسجدٌ كطريق**) بالنسبة إلى الحفر فيه ، فإن كان بإذن الإمام . . فلا ضمان ، أو بغير إذنه . . فالقولان .

ولو بنىٰ سقف مسجد ، أو نصب فيه عموداً ، أو طين جداره ، أو علق فيه قنديلاً فسقط علىٰ إنسان ، أو تلف به مال ، أو فرش فيه حصيراً أو غيره فزلق به إنسان وهلك ، أو دخلت منه شوكة في عينه فذهب بها بصره ، فإن جرىٰ ذلك بإذن الإمام أو متولي أمر المسجد . . فلا ضمان على الأظهر .

قال البغوي : ومثل هـٰذا : لو وضع دناً علىٰ بابه ليشرب الناس منه ، فإن كان بإذن الإمام . . لم يضمن ، أو بغير إذنه . . فكذلك على الأظهر ، بخلاف ما لو بنىٰ دكة علىٰ باب داره فهلك بها شيء . . فإنه يضمنه ؛ لأنه فعله لمصلحة نفسه .

قال : (**وما تولَّد من جناح إلىٰ شارع فمضمون**) سواء كان مضراً أم لا ؛ لأن الارتفاق بالشارع إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة .

قال الرافعي : ولم يفرقوا بين أن يأذن الإمام أم لا كما فعلوا في حفر البئر لغرض نفسه ، فإذا تولد منه هلاك إنسان . . ضمنه بالدية على العاقلة ، وإن هلك به مال . . وجب في ماله .

واحترز بقوله : (إلىٰ شارع) من إخراجه إلىٰ ملكه أو إلىٰ ملك غيره بإذنه ؛ فلا ضمان قطعاً ، وإن أخرجه إلىٰ درب منسد بغير إذن أهله . . ضمن المتولد منه ، وبإذنهم . . لا ضمان كالحفر في دار الغير بإذنه ، كذا قالوه ، ويجيء على الوجه المتقدم في (كتاب الصلح) : أن الدرب المنسد كالشارع ؛ أنه يضمن مطلقاً .

فرع :

أشرع إلىٰ ملكه ثم سبل ما تحت جناحه شارعاً . . فحكم الضمان منتف عنه ، كما لو دام ملكه على البقعة ، والظاهر : أنه لو سبل أرضه المجاورة لداره شارعاً واستثنىٰ لنفسه الإشراع إليها ثم أشرع . . أنه لا ضمان .

وَيَحِلُّ إِخْرَاجُ ٱلْمَيَازِيبِ إِلَىٰ شَارِعٍ ، وَٱلتَّالِفُ بِهَا مَضْمُونٌ فِي ٱلْجَدِيدِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فِي ٱلْجِدَارِ فَسَقَطَ ٱلْخَارِجُ . فَكُلُّ ٱلضَّمَانِ ، وَإِنْ سَقَطَ كُلُّهُ . . فَنِصْفُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

قال : (**ويحل إخراج الميازيب إلىٰ شارع**) ؛ لعموم الحاجة إليها ، وهو إجماع لا خلاف فيه ، ولا يخفىٰ أن شرطها أن تكون عالية غير مضرة بالمارة كالروشن .

و(الميازيب) جمع : مئزاب ، وهو بكسر الميم وبعدها همزة ، ويجوز تخفيفها بقلبها ياء فيقال : ميزاب وميازيب بياء ساكنة في الأول مفتوحة في الثاني ، وكذلك كتبها المصنف بخطه ، قال : وقد غلط من منع ذلك ولا خلاف بين أهل اللغة في جوازه ، ويقال أيضاً : مرزاب براء ثم زاي ، وهي لغة مشهورة ، قال في « التحرير » : ولا يقال بتقديم الزاي ، وقد حكاها شيخه ابن مالك في كتاب « ما يهمز وما لا يهمز » عن ابن الأعرابي ، فاجتمع فيه أربع لغات .

قال : (**والتالف بها مضمون في الجديد**) ، وكذلك بمائه النازل منه ؛ لأنه ارتفاق بالشارع فجوازه مشروط بالسلامة كالجناح ، وكما لو طرح تراباً في الطريق ليطين به سطحه فزلق به إنسان . . ضمنه ، وبهٰذا قال أبو حنيفة .

والقديم ـ وبه قال مالك ـ : لا ضمان ؛ لأنه من ضرورة البناء ، فأشبه ما إذا تولد الإهلاك من بنائه في ملكه ، وهو ضعيف ؛ لأنه يمكن إجراء الماء إلىٰ بئر يحفرها في داره أو يفتح له أخدوداً في الجدار فلا ضرورة .

قال : (**فإن كان بعضه في الجدار فسقط الخارج . . فكلُّ الضمان**) ؛ لأنه تلف بما هو مضمون عليه خاصة .

وأشار بقوله : (فإن كان بعضه في الجدار) إلىٰ أنه لو كان خارج الجدار ؛ بأن سمره عليه . . تعلق الضمان بسقوطه أو بعضه ، ولو كان كله في الجدار . . فلا ضمان بوقوعه كالجدار .

قال : (**وإن سقط كله . . فنصفه في الأصح**) ؛ لأن التلف حصل من مباح مطلق ومباح بشرط سلامة العاقبة ، وفي قدره وجهان أو قولان :

أحدهما : يجب الضمان توزيعاً على النوعين .

وَإِنْ بَنَىٰ جِدَارَهُ مَائِلاً إِلَىٰ شَارِعٍ . . فَكَجَنَاحٍ ، أَوْ مُسْتَوِياً فَمَالَ وَسَقَطَ . . فَلاَ ضَمَانَ ، وَقِيلَ : إِنْ أَمْكَنَ هَدْمُهُ وَإِصْلاَحُهُ . . ضَمِنَ ، . . . .

والثاني : يقسط على الداخل والخارج .

وعلىٰ هـٰذا : ففي كيفيته وجهان :

أحدهما : بالمساحة ، فإن كان الخارج ثلث الخشبة . . ضمن الثلث ، وبه جزم جماعة .

وثانيهما : أنه يكون بالوزن ، وصححه في « أصل الروضة » ، ولم ينبه علىٰ أنه من زوائده .

ويمتحن بهـٰذه المسألة فيقال : رجل قتل إنساناً بخشبة . . وجب عليه بعض ديته ، وإن قتله ببعضها . . وجب عليه كمال ديته .

وفي قول : يضمن جميع الدية ؛ لأن الداخل جذبه الخارج ، ولا فرق بين أن يصيبه الداخل أو الخارج ؛ لأن الهلاك حصل بثقل الجميع ، نص عليه .

والساباط العالي كالجناح .

قال : (**وإن بنىٰ جداره مائلاً إلىٰ شارع . . فكجناح**) ، فيضمن ما تلف به ؛ لأنه مباح بشرط سلامة العاقبة .

واحترز بقوله : (**إلىٰ شارع**) عما لو كان مائلاً إلىٰ ملكه . . فلا ضمان ؛ لأن له أن يبني في ملكه كيف شاء .

قال : (**أو مستوياً فمال وسقط . . فلا ضمان**) ؛ لأنه بنىٰ في ملكه ولم يحصل الميل بفعله ، فأشبه ما إذا سقط بلا ميل ، أما إذا لم يتمكن من الإصلاح . . فلا ضمان قطعاً .

قال : (**وقيل : إن أمكن هدمه وإصلاحه . . ضمن**) ؛ لتقصيره بترك النقض والإصلاح ، ورجحه الروياني وفاقاً لابن أبي هريرة وصاحب « التقريب » والقفال ، والقضاة : أبي الطيب والماوردي والحسين والجاجَرمي والمَحاملي ، ويحكىٰ عن أصحاب مالك .

. . . .

فالذي تحرر في المسألة أربعة آراء ما بين قول ووجه :

أظهرها ـ ما قاله المصنف ـ : لا يضمن .

والثاني : يضمن .

والثالث : إن تمكن من نقضه وإصلاحه . . ضمن ، وإلا . . فلا .

والرابع : إن علم به . . ضمن ، وإلا . . فلا[١] .

ولو مال بعضه دون بعض . . نظر : إن حصل التلف برأسه المائل . . ضمن ، أو بالمستوي منه . . فلا ، أو بهما . . ضمن البعض كما تقدم في الميزاب والجناح[٢] .

ولو باع باني الجدار المائل أو ناصب الميزاب الدار . . لم يبرأ من الضمان ، حتىٰ إذا سقط علىٰ إنسان فهلك . . يكون الضمان علىٰ عاقلة البائع[٣] ، هـٰكذا نقله الشيخان عن البغوي وأقراه عليه ، وهو يقتضي : أن يكون الحكم كذلك في الجناح ، وهو بعيد ، وما يجب ضمانه بهـٰذه الأشياء إن كان آدمياً . . فهو على العاقلة ، وإن كان مالاً . . فهو علىٰ ذمة الجاني .

ولو لم يمل الجدار ولـٰكن استهدم . . فليس لأحد مطالبته بنقضه ، وإذا وقع وأتلف شيئاً . . فلا ضمان ؛ لأنه لم يجاوز ملكه ، قاله الإصطخري والماوردي ، وحكى المتولي وجهاً : أن للجار والمار في الشارع مطالبته بإزالته ؛ لما يخاف من ضرره .

فعلىٰ هـٰذا : هو كما لو مال فلم ينقضه فسقط وأتلف .

---

(١) في هامش (ز) : (هـٰذا الوجه غير موجود في « الرافعي » ولا في « الروضة » ولا في « الكفاية ») .

(٢) في هامش (م) : (قول الشارح : « ولو مال بعضه دون بعض . . نظر : إن حصل التلف برأسه المائل . . ضمن ، أو بالمستوي منه . . فلا . . . إلخ » معارض بما تقدم من قول المصنف : « أو مستوياً فمال وسقط . . فلا ضمان ؛ لأنه بنىٰ في ملكه ولم يحصل الميل بفعله ، فأشبه ما إذا سقط بلا ميل » ، وتنزيل الشارح المسألة علىٰ مسألة الميزاب والجناح قياس بعيد ؛ لأنهما صادران عن فعله كما تقدم بيانه ، وهـٰذا الميل صدر عن بناء مستو ؛ لتعبيره بـ« مال » ؛ فإنه لازم ، وحمله على المتعدي لا تساعده اللغة فليتأمل . قاله يوسف الكردي) .

(٣) في هامش (ز) : (بخلاف ما لو حفر بئراً متعدياً ورضي بها صاحب الملك) .

وَلَوْ سَقَطَ بِٱلطَّرِيقِ فَعَثَرَ بِهِ شَخْصٌ أَوْ تَلِفَ مَالٌ . . فَلاَ ضَمَانَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ طَرَحَ قُمَامَاتٍ وَقُشُورَ بِطِّيخٍ بِطَرِيقٍ . . فَمَضْمُونٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

قال : (**ولو سقط بالطريق فعثر به شخص أو تلف**) به (**مال . . فلا ضمان في الأصح**) ؛ لأن الهلاك حصل بغير فعله .

والثاني : يضمن ؛ لتقصيره .

ومقتضىٰ كلام الرافعي : أن مقابل الأصح هنا : أنه إن تمكن من رفع النقض فلم يفعل . . ضمن ، ولا فرق على الوجهين بين أن يطالب أو لا .

وقال أبو حنيفة : إن طولب وأشهد عليه فلم يفعل . . ضمن ، لٰكن لو مال إلىٰ ملك جاره . . فللجار المطالبة بإزالة المائل ؛ لأن الهواء ملكه ، فصار كما لو انتشرت أغصان شجرة إليه ، فإن امتنع . . فله نقضه ، فإن سقط وتلف به شيء . . فالأصح : لا ضمان أيضاً ، ولو أراد أن يبني جداره مائلاً إلىٰ دار غيره . . فللجار منعه .

قال : (**ولو طرح قماماتٍ وقشورَ بطيخ بطريق . . فمضمون على الصحيح**) ؛ لما تقدم من أن الارتفاق مشروط بسلامة العاقبة ، وكذلك حكم قشور الرمان والموز والفول الأخضر ونحوها .

والثاني : لا ضمان مطلقاً ؛ لاطراد العادة بالمسامحة به مع الحاجة .

والثالث : إن ألقاها في متن الطريق . . ضمن ، أو في منعطف لا ينتهي إليه المارة غالباً . . فلا .

قال الإمام : والوجه : القطع بالضمان في الإلقاء في متن الطريق وتخصيص الخلاف بالإلقاء على الطرف .

قال الرافعي : ولك أن تقول : قد توجد بين العمارات مواضع معدة لذلك تسمى السباطات والمزابل وتعد من المرافق المشتركة ، فيشبه أن يقطع بنفي الضمان إذا كان الإلقاء فيها ويختص الخلاف بغيرها .

و(السباطات) جمع : سباطة ، وهي : الكناسة ، وفي الحديث : (أتى

. . . .

النبي صلى الله عليه وسلم سباطة قوم فبال قائماً)[1] . والسباطة والكناسة والقمامة شيء واحد وزناً ومعنىً .

وأحترز بقوله : (بطريق) عما إذا ألقاها في ملكه أو موات ؛ فلا ضمان .

فروع :

قال في « الإحياء » : إذا اغتسل إنسان في الحمام وترك الصابون أو السدر المزلقين بأرض الحمام فتزلق به إنسان وتلف به عضو وكان في موضع لا يظهر بحيث يتعذر الاحتراز منه . . فالضمان علىٰ تاركه في اليوم الأول ، وعلى الحمامي في الثاني ؛ فإن العادة جرت بتنظيف الحمام كل يوم ، فيرجع إليها .

ولو رش الماء في الطريق فتزلق به إنسان أو بهيمة ، فإن كان لمصلحة عامة كدفع الغبار عن المارة . . فالأصح : لا ضمان ، وإن كان لمصلحة نفسه أو جاوز في الرش القدر المعتاد . . ضمن .

والطواف إذا وضع متاعه في الطريق فتلف به شيء . . لزمه ضمانه ، بخلاف ما لو وضعه علىٰ طرف حانوته .

قال ابن الرفعة : محل الضمان في هٰذه الصورة وما أشبهها : إذا لم ير التالف ما حصل به التلف ، فإن رآه وتعمد وضع رجله عليه حتىٰ هلك . . فلا ضمان جزماً .

تتمة :

نخس دابة أو ضربها مغافصة ، فنفرت ورمت راكبها فمات ، أو أتلفت مالاً . . وجب الضمان .

قال البغوي : فإن كان النخس بإذن المالك . . فالضمان عليه .

ولو غلبته دابته فاستقبلها رجل فردها فأتلفت في انصرافها . . فالضمان على الراد .

---

(١) البخاري (٢٢٤) ، ومسلم (٢٧٣) .

وَلَوْ تَعَاقَبَ سَبَبَا هَلاَكٍ . . فَعَلَى ٱلأَوَّلِ ؛ بِأَنْ حَفَرَ وَوَضَعَ آخَرُ حَجَراً عُدْوَاناً فَعَثَرَ بِهِ وَوَقَعَ بِهَا . . فَعَلَى ٱلْوَاضِعِ ، . . . .

ولو حمل رجل رجلاً ، فقرص الحامل رجل أو ضربه فتحرك وسقط المحمول عن ظهره . . قال المتولي : هو كما لو أُكره الحامل علىٰ إلقائه عن ظهره .

وفي « البيهقي » [٨/١١٢] عن علي رضي الله عنه : أنه قضىٰ في جارية حملت جارية ، فجاءت ثالثة وقرصت الحاملة ، فوقعت المحمولة عن ظهرها وماتت : أن الدية أثلاث : ثلث هدر ، وثلث على الحاملة ، وثلث على القارصة ، فالأولىٰ قارصة ، والثانية قامصة ، والثالثة واقصة .

قال : (**ولو تعاقب سببا هلاك . . فعلى الأول**) ؛ لأنه المهلك إما بنفسه أو بواسطة الثاني .

قال : (**بأن حفر ووضع آخر حجراً عدواناً فعثر به ووقع بها . . فعلى الواضع**) ؛ لأن التعثر هو الذي أوقعه ، فكأنه أخذه ورداه ، والحافر وإن كان له دخل ولـٰكنه معه كمعطي الآلة للقاتل ؛ فإنه لا ضمان عليه وإن كان القتل لا يحصل بدون الآلة .

ولو وضع إنسان حديدة وآخر حجراً فعثر إنسان بالحجر ووقع على الحديدة فمات بها . . فالضمان علىٰ واضع الحجر على الأصح ؛ لأن التعثر بالحجر هو الذي ألجأه إلى الوقوع في البئر أو على السكين ، فكأنه أخذه ورداه .

وقال أبو الفياض البصري : إن كانت السكين قاطعة موحية . . تعلق الضمان بواضعها .

وقوله : (ووضع) بـ(الواو) يقتضي : أنه لا فرق في ذلك بين أن يتقدم الحفر على الوضع أو بالعكس ، وقال في « المطلب » : إنه ظاهر نص « المختصر » .

ثم إن المصنف أطلق الواضع ، ولا بد أن يكون من أهل الضمان ، فلو تعدىٰ بحفر البئر ووضع حربي أو سيل أو سبع الحجر . . فلا ضمان علىٰ أحد على الصحيح ، وستأتي الإشارة إليه في المسألة التي بعدها .

وقوله : (عدواناً) حال من الواضع كما صرح به في « المحرر » ؛ لأن الحافر لا فرق في عدم تضمينه مع وضع الحجر بين العدوان وغيره .

فَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ ٱلْوَاضِعُ . . فَٱلْمَنْقُولُ : تَضْمِينُ ٱلْحَافِرِ ، وَلَوْ وَضَعَ حَجَراً وَآخَرَانِ حَجَراً فَعَثَرَ بِهِمَا . . فَٱلضَّمَانُ أَثْلاَثٌ ، وَقِيلَ : نِصْفَانِ ، وَلَوْ وَضَعَ حَجَراً فَعَثَرَ بِهِ رَجُلٌ فَدَحْرَجَهُ فَعَثَرَ بِهِ آخَرُ . . ضَمِنَهُ ٱلْمُدَحْرِجُ . . . .

هـٰذا كله إذا لم يره المتردي ، فإن رآه . . لم يتعلق به ضمان كما في حفر البئر ، كذا ذكره الرافعي بعد هـٰذا الموضع .

قال : (**فإن لم يتعد الواضع . . فالمنقول : تضمين الحافر**) .

صورة المسألة : أن يضع إنسان حجراً في ملكه ويحفر متعد هناك بئراً أو ينصب سكيناً ، فإذا تعثر إنسان بالحجر ووقع في البئر أو على السكين . . فالمنقول : أنه يجب الضمان على الحافر وناصب السكين ؛ فإنه المتعدي ، وأما واضع الحجر . . فلا عدوان من قبله .

ويقابل المنقول بحث للرافعي ، وهو : ينبغي أن يقال : لا يتعلق بالحافر والناصب ضمان ، كما تقدم في المسألة التي قبلها : أنه لو حفر بئراً عدواناً ووضع سيل أو سبع أو حربي حجراً فتعثر به إنسان وسقط في البئر . . فهو هدر على الصحيح .

قال : ويدل عليه : أن المتولي قال : لو حفر بئراً في ملكه ونصب غيره فيها حديدة فوقع رجل في البئر فجرحته الحديدة ومات . . فلا ضمان علىٰ واحد منهما ، أما الحافر . . فظاهر ، وأما الآخر . . فلأن الوقوع في البئر هو الذي أفضىٰ إلى الوقوع على الحديدة ، فكان حافر البئر كالمباشر ، والآخر كالمتسبب .

قال : (**ولو وضع حجراً وآخران حجراً فعثر بهما . . فالضمان أثلاث**) أي : وإن تفاوت فعلهم ، كما لو مات بجراحات ثلاثة واختلفت الجراحات ، وبهـٰذا قال أبو يوسف .

قال : (**وقيل : نصفان**) ، وبه قال زفر ؛ نظراً إلىٰ أن الإهلاك حصل بالحجرين .

قال : (**ولو وضع حجراً فعثر به رجل فدحرجه فعثر به آخر . . ضمنه المدحرج**) ؛ لأن الحجر إنما حصل هناك بفعله ، سواء كان متعدياً بدحرجته أو لم يكن .

وإنما يتعلق الضمان إذا عثر به من لم يره كما تقدم .

وَلَوْ عَثَرَ بِقَاعِدٍ أَوْ نَائِمٍ أَوْ وَاقِفٍ فِي ٱلطَّرِيقِ ، فَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُمَا . . فَلاَ ضَمَانَ إِنِ ٱتَّسَعَ ٱلطَّرِيقُ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْمَذْهَبُ : إِهْدَارُ قَاعِدٍ وَنَائِمٍ لاَ عَاثِرٍ بِهِمَا ، وَضَمَانُ وَٱقِفٍ لاَ عَاثِرٍ بِهِ . . . .

قال : (**ولو عثر بقاعد أو نائم أو واقف في الطريق ، فماتا أو أحدهما . . فلا ضمان إن اتسع الطريق**) ؛ لأنه غير متعد ، كذا هو في « المحرر » أيضاً ، وهو سهو ؛ فإن عاقلة العاثر تضمن دية القاعد والنائم والقائم ، وأما العاثر . . فهدر ، سواء كان العاثر أو الواقف بصيراً أو أعمى .

ومثله لو قعد أو وقف أو نام في ملكه أو موات .

و(عثر) مثلث الثاء ، وكذلك مضارعه ، والمشهور فتحها في الماضي .

قال : (**وإلا**) أي : وإن ضاق الطريق (. . **فالمذهب : إهدار قاعد ونائم لا عاثر بهما**) ، بل علىٰ عاقلتهما ديته .

قال : (**وضمان واقف**) ؛ لأن الشخص قد يحتاج إلى الوقوف لكلال أو انتظار رفيق أو سماع كلام ، فالوقوف من مرافق الطريق كالمشي .

قال : (**لا عاثر به**) ؛ لأنه لا حركة منه والهلاك حصل بحركة الماشي .

وحاصل ما في المسألة طرق ملخصها أقوال أو أوجه :

أحدها : علىٰ عاقلة كل منهما دية الآخر ، أما العاثر . . فلأنه قتله بفعله ، وأما المصدوم . . فلتعديه بلبثه هناك .

والثاني : تجب دية المصدوم دون الصادم .

والثالث : عكسه .

والرابع ـ وهو الأصح ما ذكره المصنف ـ : أن القاعد والنائم يهدران وعلىٰ عاقلتهما دية الماشي ، وأنه إذا عثر بالواقف . . كان دم الماشي مهدراً وعلىٰ عاقلته دية الواقف ؛ لأن الوقوف من مرافق الطريق كما تقرر .

كل هـٰذا إذا لم يكن من الواقف فعل ، فإن كان ؛ بأن انحرف إلى الماشي فأصابه في انحرافه وماتا . . فهما كماشيين اصطدما ، وسيأتي .

فَصْلٌ :

اُصْطَدَمَا بِلاَ قَصْدٍ . فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلٍّ نصْفُ دِيَةٍ مُخَفَّفَةٍ ، . . . .

تتمة :

جلس في المسجد فعثر به إنسان وماتا . . فعلىٰ عاقلة الماشي دية الجالس ويهدر دم الماشي ، كما لو جلس في ملكه فعثر به ماش .

ولو نام في المسجد معتكفاً . . فكذلك .

ولو جلس لأمر يُنزَّه المسجد عنه ، أو نام غير معتكف . . فهو كما لو نام في الطريق .

وحيث أطلق الضمان في هٰذه الصورة وما قبلها وقيل : إنه على الحافر أو واضع الحجر والقاعد وناصب الميزاب والجناح وملقي القمامة وقشر البطيخ ونحوهم . . فالمراد بتعلق الضمان بهم : وجوبه علىٰ عواقلهم ، لا وجوب الضمان عليهم أنفسهم ، كما نص عليه الشافعي والأصحاب .

قال : (**فصل :**

اصطدما بلا قصد . . فعلىٰ عاقلة كل نصف دية مخففة) ، إذا اصطدم حران ماشيين من غير قصد ؛ بأن يكونا أعميين أو غافلين أو في ظلمة فوقعا وماتا . . فكل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه ، فهو شريك في القتلين ، ففعله هدر في حق نفسه ، مضمون في حق صاحبه ، فيسقط نصف دية كل واحد ، ويجب نصفها ، كما لو جرح نفسه وجرحه آخر ، وعلىٰ عاقلة كل نصف دية الآخر ؛ لأنه خطأ محض .

وفي قول المصنف : (فعلىٰ عاقلة كل) ما يفهم : أنهما حران ، وسواء اتفق سيرهما أو اختلف ؛ بأن كان أحدهما يمشي والآخر يعدو ، وسواء كانا مقبلين أو مدبرين ، أو أحدهما مقبلاً والآخر مدبراً ، وسواء وقعا علىٰ وجوههما أو قفيهما ، أو أحدهما علىٰ وجهه والآخر علىٰ قفاه .

وعن المزني : إذا كانا ماشيين ووقع أحدهما علىٰ وجهه . . فديته هدر ؛ لأنه دافع ، ودية الآخر علىٰ عاقلته ، ووافقه صاحب « التلخيص » أيضاً ، وقال : لو وقعا

وَإِنْ قَصَدَا . . فَنِصْفُهَا مُغَلَّظَةٌ ، أَوْ أَحَدُهُمَا . . فَلِكُلٍّ حُكْمُهُ ، وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ عَلَىٰ كُلٍّ كَفَّارَتَيْنِ ، وَإِنْ مَاتَا مَعَ مَرْكُوبَيْهِمَا . . فَكَذَا ٱلْحُكْمُ ، . . . .

علىٰ ظهورهما . . فعلىٰ عاقلة كل منهما جميع دية الآخر .

قال : (**وإن قصدا . . فنصفها مغلظة**) ، فيما إذا تعمدا الانصدام وجهان :

أصحهما ـ عند الأكثرين ، وهو نصه في « الأم » ـ : أن الحاصل شبه عمد ؛ لأن الغالب أن الانصدام لا يفضي إلى الموت فلا يتحقق فيه العمد المحض ولا يتعلق به القصاص ، بل علىٰ عاقلة كل واحد نصف دية الآخر مغلظة .

والثاني : أن ذلك عمد محض ويجب[1] في مال كل واحد نصف دية الآخر ، قاله أبو إسحاق ، واختاره الإمام والغزالي ، وتبعهما صاحب « الحاوي الصغير » .

قال : (**أو أحدهما**) أي : قصد أحدهما الاصطدام دون الآخر (. . **فلكل حكمه**) ، فيجب على القاصد نصف دية مغلظة ، وعلى الآخر دية مخففة .

قال : (**والصحيح : أن علىٰ كلٍّ كفارتين**) ؛ كفارة لقتل نفسه ، وأخرىٰ لقتل صاحبه ؛ بناء علىٰ أن الكفارة لا تتجزأ ، وأن قاتل نفسه عليه كفارة .

والثاني : عليهما كفارتان ؛ بناء علىٰ أنهما تتجزآن .

وينبغي أن يأتي وجه ثالث : أنه تجب عليهما معاً كفارة واحدة ؛ بناء علىٰ أن قاتل نفسه لا كفارة عليه ، وأن الجماعة إذا اشتركوا في القتل توزع الكفارة عليهم كالدية .

ووجه رابع : أنه لا كفارة في تركة واحد منهما إذا ماتا معاً ؛ بناء علىٰ أن الشخص إذا قتل نفسه . . لا تجب في تركته كفارة ؛ لأجل وجوبها بعد الموت ، كما حكاه الغزالي هناك .

قال : (**وإن ماتا مع مركوبيهما . . فكذا الحكم**) أي : كما ذكرنا في حكم الدية والكفارة ، ويزيد هنا ضمان الدابتين ، وسواء اتفق جنس المركوبين وقوتهما أو اختلف ، كراكب فرس أو بعير مع راكب بغل أو حمار .

---

(١) في هامش (ص) : (قد يقال : لو قال : فيجب بـ« الفاء » . . كان أولىٰ وأوجه) .

وَفِي تَرِكَةِ كُلٍّ نِصْفُ قِيمَةِ دَابَّةِ ٱلْآخَرِ . وَصَبِيَّانِ أَوْ مَجْنُونَانِ كَكَامِلَيْنِ ، وَقِيلَ : إِنْ أَرْكَبَهُمَا ٱلْوَلِيُّ . . تَعَلَّقَ بِهِ ٱلضَّمَانُ ، . . . .

قال : (**وفي تركة كلٍّ نصف قيمة دابة الآخر**) ؛ لاشتراكهما في إتلاف الدابتين .

وإيجابه نصف القيمة يقتضي إهدار الباقي ، وهو كذلك ، لـٰكن محله إذا كانت الدابة ملكاً للراكب ، فإن كانت مستعارة أو مستأجرة . . لم يهدر من قيمتها شيء ؛ فإن العارية مضمونة ، وكذا المستأجر إذا أتلفه المستأجر .

وإنما لم يذكر المصنف هـٰذا القيد ؛ لأنه ذكره في السفينتين كما سيأتي .

ولا فرق بينهما ، لـٰكن كان ينبغي له تقييد المتقدم وإطلاق المتأخر ليحمل عليه .

وتعبيره بـ(نصف القيمة) هو المعروف ، ولا يقال : قيمة النصف ؛ فإنها أقل للتشقيص ، كما تقدم في الصداق وغيره .

واقتضىٰ إطلاقه : أنه لا فرق بين أن تغلبهما الدابتان أم لا ، وهو المذهب .

وفي قول نفاه بعضهم : إن المغلوبين هلاكهما ودابتيهما هدر .

ولم يفرقوا بين أن يعلم غلبة الدابة قبل ركوبها أو يطرأ ذلك عليه ، ولو قيل به . . لكان حسناً .

قال : (**وصبيان أو مجنونان ككاملين**) ، فيأتي التفصيل بين الماشي والراكب ، إلا أنا إذا قلنا : عمدهما خطأ . . فالدية مخففة ، هـٰذا إذا ركبا بأنفسهما ، وكذا إذا أركبهما وليهما لمصلحتهما على الصحيح .

قال : (**وقيل : إن أركبهما الولي . . تعلق به الضمان**) ؛ لما فيه من الخطر ، والأصح : المنع كما لو ركبا بأنفسهما .

وخصهما الإمام بما إذا أركبهما لزينة أو حاجة غير مهمة ، فإن أرهقت إليه حاجة[1] . . فلا قطعاً ، ومحلهما أيضاً عند ظن السلامة ، وإلا . . ضمن قطعاً .

فإن كانا غير مميزين أو كانت الدابة ضعيفة . . فعلىٰ عاقلة الولي ديتهما ، وقد أهمله المصنف تبعاً لـ« المحرر » .

---

(١) أرهقت إليه الحاجة : ألجأته إلى أن يُركبه وحملته علىٰ ذلك ، من الإرهاق .

وَلَوْ أَرْكَبَهُمَا أَجْنَبِيٌّ . . ضَمِنَهُمَا وَدَابَّتَيْهِمَا . أَوْ حَامِلاَنِ وَأَسْقَطَتَا . . فَٱلدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ ، وَعَلَىٰ كُلٍّ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

قال : (**ولو أركبهما أجنبي . . ضمنهما ودابتيهما**) ؛ لتعديه بذلك ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع .

والمراد بـ(الأجنبي) : من لا ولاية له عليهما ، ولم يبينوا المراد بالولي هنا ، ويشبه أنه من له ولاية تأديبه من أب أو غيره ، وهـٰذا كله مستأنف مجزوم به ليس معطوفاً على الوجه في إركاب الولي ، ولهـٰذا أتىٰ بـ(لو) دون (إن) .

فلو تعمد الصبي . . ففي « الوسيط » : يحتمل أن يحال الهلاك عليه إذا قلنا : عمده عمد ، واستحسنه الرافعي ، فيكون كركوبهما بأنفسهما .

نعم ؛ يستثنىٰ من عدم تضمين الولي إذا كانا غير مميزين كابن سنة وسنتين فأركبهما الولي ، فتجب علىٰ عاقلته دية كل منهما ، قاله في « الكفاية » .

فرع :

تجاذب رجلان حبلاً فانقطع فسقطا وماتا . . وجب علىٰ عاقلة كل واحد نصف دية الآخر ويهدر النصف ، سواء وقعا منكبين أو مستلقيين ، أو أحدهما هـٰكذا والآخر هـٰكذا .

هـٰذا إذا كان الحبل لهما أو مغصوباً ، فإن كان لأحدهما والآخر ظالم . . فدم الظالم هدر وعلىٰ عاقلته نصف دية المالك .

ولو أرخىٰ أحد المتجاذبين فسقط الآخر ومات . . فنصف ديته علىٰ عاقلة المرخي ويهدر نصفها .

ولو قطع الحبل قاطع فسقطا وماتا . . فدياتهما جميعاً علىٰ عاقلة القاطع .

قال : (**أو حاملان وأسقطتا . . فالدية كما سبق**) ، فيكون علىٰ عاقلة كل منهما نصف دية صاحبتها ويهدر النصف ؛ لأن الهلاك منسوب إلىٰ فعلهما .

قال : (**وعلىٰ كلٍّ أربع كفارات على الصحيح**) ؛ كفارة لنفسها ، وكفارة لجنينها ، وثالثة لصاحبتها ، ورابعة لجنينها ؛ لأنهما اشتركتا في إهلاك أربعة

وَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلٍّ نِصْفُ غُرَّتَيْ جَنِينَيْهِمَا . أَوْ عَبْدَانِ . . فَهَدَرٌ ، أَوْ سَفِينَتَانِ . . فَكَدَابَّتَيْنِ ، وَٱلْمَلاَّحَانِ كَرَاكِبَيْنِ إِنْ كَانَتَا لَهُمَا ، . . . .

أشخاص ، بناء على الصحيح : أن الكفارة تجب علىٰ قاتل نفسه ، وأنها لا تتبعض .

فإن لم نوجبها علىٰ قاتل نفسه . . وجبت ثلاث كفارات .

وإن قلنا بالتجزئة . . وجبت ثلاثة أنصاف كفارة ، وعلىٰ عاقلة كل واحدة نصف دية صاحبتها ، ونصف غرة كل جنين ، فيكون مقابل الصحيح إما ثلاث كفارات ، وإما ثلاثة أنصاف كفارة .

قال (**وعلىٰ عاقلة كلٍّ نصف غرتي جنينيهما**) ؛ نصف غرة لجنينها ، ونصف آخر لجنين الأخرىٰ ؛ لأن الحامل إذا جنت علىٰ نفسها فألقت جنينها . . وجبت الغرة علىٰ عاقلتها ، كما لو جنت علىٰ حامل أخرىٰ ، ولا يهدر من الغرة شيء .

وأما الدية . . فيجب نصفها ويهدر نصفها كما تقدم .

قال : (**أو عبدان**) أي : وماتا (. . **فهدر**) ؛ لأن جناية العبد تتعلق برقبته وقد فاتت ، سواء اتفقت قيمتهما أو اختلفت ، فإن مات أحدهما . . وجب نصف قيمته متعلقاً برقبة الحي .

فلو اصطدم حر وعبد فماتا . . ففي تركة الحر نصف قيمة العبد[1] ، ويتعلق به نصف دية الحر ؛ لأن الرقبة فاتت فتتعلق الدية ببدلها .

وإن مات العبد . . فنصفه هدر ويجب نصف قيمته ، وهل يكون على الحر أو علىٰ عاقلته؟ فيه الخلاف في تحمل العاقلة قيمة العبد .

وإن مات الحر . . وجب نصف ديته متعلقاً برقبة العبد .

قال : (**أو سفينتان . . فكدابتين**) ، فنصفهما ونصف ما فيهما من مالهما هدر ، وعلىٰ عاقلة كل منهما نصف الأخرىٰ ونصف ما فيها .

قال : (**والملاحان كراكبين إن كانتا لهما**) ، فنصف قيمة كل سفينة وما فيه مهدر ، ونصف قيمتها ونصف قيمة ما فيها علىٰ صاحب الأخرىٰ .

---

(١) في هامش (ز) : (أقول : العلة بناء علىٰ أن العاقلة لا تحمل العبد) .

فَإِنْ كَانَ فِيهِمَا مَالٌ لِأَجْنَبِيٍّ . . لَزِمَ كُلاًّ نِصْفُ ضَمَانِهِ ، وَإِنْ كَانَـتَا لِأَجْنَبِيٍّ . . لَزِمَ كُلاًّ نِصْفُ قِيمَتِهِمَا . . . .

و (الملاح) : صاحب السفينة ، وهو النوتي ، والجمع : نواتي ، قاله ابن سيده .

وقال الجوهري : إنه من كلام أهل الشام .

قيل : وإنما سمي ملاحاً ؛ لمعالجته الماء الملح بإجراءه السفينة عليه .

وقال ابن الأعرابي : الملاح الريح الذي تجري به السفينة ، سمي به مسيرها ملاحاً .

قال : (**فإن كان فيهما مال لأجنبي**) أي : والملاحان فيهما أجيران أو أمينان للمالك .

قال : (. . **لزم كلاً نصف ضمانه**) ؛ لتعديهما ، أما نصف قيمة كل سفينة . . فهدر ، ويضمن كل منهما نصف قيمة سفينة الآخر ؛ لأنهما لهما بخلاف الأموال ، ويجري القصاص في القدر الذي يشتركان فيه .

قال : (**وإن كانتا لأجنبي . . لزم كلاً نصف قيمتهما**) توزيعاً عليهما ، وكل من المالكين مخير بين أن يأخذ جميع قيمة سفينته من ملاحه ثم هو يرجع بنصفها علىٰ ملاح الآخر ، وبين أن يأخذ نصفها منه ونصفها من ملاح الآخر .

فلو كان الملاحان عبدين . . تعلق الضمان برقبتهما .

أما إذا كان الاصطدام لا بفعلهما ، فإن وجد منهما تقصير ؛ بأن توانيا في الضبط ولم يعدلا بهما عن صوب الاصطدام مع إمكانه ، أو سيرا في ريح شديدة لا تسير في مثلها السفن ، أو لم يكملا عدتهما من الرجال والآلات . . وجب الضمان علىٰ ما ذكرنا ، وإلا . . فأصح القولين لا ضمان ، بخلاف غلبة الدابتين الراكبين ؛ فإن الضبط ممكن باللجام .

فروع :

الأول : خرق سفينة فغرق ما فيها من نفس ومال . . وجب ضمانه .

ثم إن تعمد الخرق بما يفضي إلى الهلاك غالباً . . وجب القصاص أو الدية المغلظة في ماله .

وإن تعمد بما لا يحصل به الهلاك غالباً . . فهو شبه عمد .

الثاني : كانت السفينة مثقلة بتسعة أعدال فوضع آخر فيها عدلاً عدواناً فغرقت . . ففي ضمانه الخلاف في الجلاد إذا زاد على الحد المشروع ، والأصح فيهما : أنه يغرم البعض .

الثالث : في « البحر » عن أبي ثور قال : سألت الشافعي عن رجلين اصطدما ومع كل واحد منهما بيضة فكسرت البيضتان؟ فقال : علىٰ كل واحد منهما نصف قيمة بيضة صاحبه .

قال : (**ولو أشرفت سفينة علىٰ هلاك . . جاز طرح متاعها**) ؛ حفظاً للروح .

وعبارة المصنف تقتضي طرح الجميع ، وليس كذلك ، إنما يجوز دفع ما تندفع به الضرورة ، ولهـٰذا قال في « المحرر » : بعض أمتعتها ، وهـٰذا وإن لم يكن له تعلق بالفصل لـٰكن جرت العادة بذكره فيه .

والأصل فيه : أن الأموال لا يجوز لمالكها إتلافها بإلقائها في البحر أو غيره لغير غرض صحيح .

فإن كان في السفينة حيوان محترم . . وجب الإلقاء إذا علم أو ظن حصول سلامته بذلك .

وبهـٰذا يعلم أن مراد المصنف وغيره بهـٰذا : إطلاق الجواز على الحالة الأولىٰ والوجوب على الحالة الثانية .

قال : (**ويجب لرجاء نجاة الراكب**) إذا خيف الهلاك ، وينبغي أن يراعىٰ في الطرح تقديم الأخف قيمة إن أمكن ؛ حفظاً للمال .

وعلم من تعبيره بـ(المتاع) : أنه لا يجوز إلقاء الحيوان إذا حصل الغرض بغيره ، والعبيد كالأحرار .

وإذا قصر من لزمه الإلقاء فلم يلق حتىٰ غرقت السفينة . . فعليه الإثم دون

فَإِنْ طَرَحَ مَالَ غَيْرِهِ بِلاَ إِذْنٍ. . ضَمِنَهُ ، وَإِلاَّ. . فَلاَ . وَلَوْ قَالَ : أَلْقِ مَتَاعَكَ وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ ، أَوْ عَلَىٰ أَنِّي ضَامِنٌ. . ضَمِنَ ، . . . .

الضمان ، كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتىٰ هلك. . يعصي ولا يضمن[1] .

قال : (**فإن طرح مال غيره بلا إذن. . ضمنه**) ؛ لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه من غير أن يلجئه إلى الإتلاف ، فصار كما إذا أكل المضطر طعام الغير .

وعن مالك : أنه لا ضمان على الملقي .

قال : (**وإلا. . فلا**) يعني : إذا كان الملقي غير مالك فطرح بإذن المالك ، أو كان مالكاً فطرح متاعه بنفسه. . فلا ضمان فيهما .

أما الثانية. . فبلا خلاف .

وأما الأولىٰ. . فللإذن المبيح .

اللهم إلا أن يتعلق به حق الغير كالرهن وغيره فلا يفيد الإذن شيئاً .

قال : (**ولو قال : ألق متاعك**) في البحر (**وعليَّ ضمانه ، أو علىٰ أني ضامن. . ضمن**) ؛ لأنه التماس إتلاف لغرض صحيح بعوض فيلزمه ، كما إذا قال : أعتق عبدك عني علىٰ كذا ، أو طلق زوجتك علىٰ كذا .

وقيل : لا يصح ؛ لأنه ضمان ما لم يجب .

وأجيب بأن هـٰذا ليس علىٰ حقيقة الضمان وإن سمي به ، إنما هو بذل مال للتخلص ، كما لو قال : أطلق هـٰذا الأسير ولك علي كذا ، فأطلقه. . يلزمه ضمانه ، ولهـٰذا لا يجوز أخذ الرهن في هـٰذا الضمان على الأصح .

والفرق : أن الضمان أوسع ؛ فإن الدرك يضمن ولا يرهن به .

فلو قال : أنا وركاب السفينة ضامنون ، وأطلق. . حمل على التقسيط ، ولزمه

---

(١) في هامش (ص) : (بقيمته كما في « الروضة » [٩/٣٣٨] ، ومقتضاه : أن لا فرق بين أن يكون مثلياً أو متقوماً لـٰكن قال القاضي في « تعليقه » في « باب السلم » : إنه يرجع بمثله إن كان مثلياً ، وإن كان متقوماً. . فعلىٰ وجهين) .

وَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ : أَلْقِ . . فَلاَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُ مُلْتَمِسٌ لِخَوْفِ غَرَقٍ ، وَلَمْ يَخْتَصَّ نَفْعُ ٱلإِلْقَاءِ بِٱلْمُلْقِي . . . .

ما بحصته ، بخلاف ما لو قالا في (باب الضمان) : ضمنا ما لك علىٰ زيد ؛ فإن كلاً منهما يطالب بجميع الدين على الأصح ، وتقدم الفرق هناك بأن هـٰذا ليس بضمان حقيقة ، بل هو استدعاء إتلاف للمصلحة .

واعترض علىٰ قوله : (أني ضامن) ؛ فإنه غير كاف لعدم الرابطة ، فلا بد أن يقول : ضامن له ، أو ضامنه .

والجواب : أنه حذفه استغناء بذكر الضمير فيما قبله .

قال : (**وإن اقتصر علىٰ : ألق . . فلا على المذهب**) ؛ لعدم الالتزام ، وقيل : علىٰ وجهين ، كقوله : اقض ديني .

وفرق الأول بأن (اقض ديني) ينفعه لا محالة ، وإلقاء المتاع قد ينفع وقد لا ينفع ، وإنما تعتبر قيمة الملقىٰ قبل هيجان الرياح والأمواج ؛ لأنه حينئذ لا قيمة له .

قال : (**وإنما يضمن ملتمس لخوف غرق**) ، ففي حالة الأمن لا ضمان ، سواء قال : إني ضامن أم لا ، كما لو قال : أحرق متاعك ، أو اهدم دارك ، أو اقتل عبدك ، ففعل .

وحكى الماوردي وجهاً : أنه يضمن ، وقال : إنه أقيس[1] .

قال : (**ولم يختص نفع الإلقاء بالملقي**) ، فإن رجعت الفائدة إليه وحده ؛ بأن أشرفت سفينته على الغرق وفيها متاعه ، فقال له آخر من الشط : ألق متاعك وعلي ضمانه ، فألقاه . . لم يجب شيء ؛ لأنه يجب عليه الإلقاء لحفظ نفسه فلا يستحق به عوضاً ، كما لو قال للمضطر : كل طعامك وأنا ضامن ، فأكل . . فلا شيء له على الملتمس ، ووراء ذلك ست صور :

أحدها : أن يختص النفع بالملتمس .

والثاني : أن يعود له ولصاحب المتاع .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَلَوْ عَادَ حَجَرُ مَنْجَنِيقٍ فَقَتَلَ أَحَدَ رُمَاتِهِ . . هُدِرَ قِسْطُهُ ، وَعَلَىٰ عَاقِلَةِ ٱلْبَاقِينَ ٱلْبَاقِي ، . . . .

والثالث : أن يختص بغيرهما .

والرابع : بصاحب المتاع وأجنبي .

والخامس : بالملتمس وأجنبي .

والسادس : أن يعم الثلاث .

وفي الجميع يضمن الملتمس ، ولم يصرح الرافعي بالثالث ولا السادس ، وحكمه ما ذكرناه .

فروع :

قال : ألق متاعك وعلي نصف الضمان ، وعلىٰ فلان الثلث ، وعلىٰ فلان السدس . . لزمه النصف .

ولو قال لرجل : ألق متاع زيد وعلي ضمانه إن طالبك . . فالضمان على الملقي دون الآمر .

قال الإمام : والمتاع الملقىٰ لا يخرج عن ملك مالكه ، حتىٰ لو لفظه البحر على الساحل وظفرنا به . . فهو لمالكه ، ويسترد الضامن المبذول .

وعلىٰ هٰذا : فهو ضامن حيلولة ، وهل للمالك أن يمسك ما أخذه ويرد بدله؟ فيه الخلاف في العين المقترضة إذا كانت باقية . . هل للمقترض إمساكها ورد بدلها؟

قال : (**ولو عاد حجر منجنيق فقتل أحد رماته . . هُدر قِسطُه ، وعلىٰ عاقلة الباقين الباقي**) ؛ لأنه مات بفعله وفعلهم فسقط ما قابل فعله .

فإن كانوا عشرة . . يهدر عشر ديته ويجب علىٰ عاقلة كل واحد من التسعة عشرها[1] ، وإن قتل اثنين منهم فصاعداً . . فكذلك ، ولو قتل العشرة . . أهدر من دية كل واحد عشرها .

(١) في هامش (ص) : (أي : عشر الدية لا عشر عشر التسعة ، كما قد يتوهم من كلام الشارح) .

أَوْ غَيْرَهُمْ وَلَمْ يَقْصِدُوهُ.. فَخَطَأٌ، أَوْ قَصَدُوهُ.. فَعَمْدٌ فِي ٱلْأَصَحِّ إِنْ غَلَبَتِ ٱلْإِصَابَةُ . . . .

وما جزم به من إيجاب باقي الدية علىٰ عاقلتهم محله فيمن مد معهم الحبال ورمىٰ بالحجر، فأما الذي أمسك خشبة المنجنيق، إن احتيج إلىٰ ذلك، أو وضع الحجر في كفته ولم يمد الحبال.. فلا شيء عليه؛ لأنه ليس برام، قاله الماوردي والمتولي وغيرهما، وإليه يرشد قول المصنف: (رماته)؛ لأن الرامي من أضيف الرمي إليه.

قال: (**أو غيرهم ولم يقصدوه.. فخطأ**)، كما إذا عاد فقتل بعض النظارة؛ فهـٰذا خطأ يوجب الدية المخففة على العاقلة.

قال: (**أو قصدوه.. فعمد في الأصح إن غلبت الإصابة**) يعني: إذا قصدوا شخصاً أو جماعة بأعيانهم فأصابوا من قصدوه.. فوجهان: قطع العراقيون بأنه شبه عمد؛ لأنه لا يتحقق قصد معين بالمنجنيق.

والثاني: أنه عمد يتعلق به القصاص إذا كانوا حاذقين تتأتىٰ لهم الإصابة؛ لأن مثل ذلك يقتل غالباً.

تتمة:

الذي صححه المصنف هو الصحيح في «المحرر»، وبه قطع الصيدلاني والإمام والغزالي والمتولي، ورجحه الروياني، وهو المعتمد.

وقال في «الشرح الصغير»: إنه الأظهر، ونقل المصنف في زوائد «الروضة» ترجيح «المحرر»، وسكت عليه.

و(المنجنيق): التي ترمىٰ بها الحجارة، معرَّبة؛ لأن الجيم والقاف لا يجتمعان في كلمة واحدة من كلام العرب، إلا أن يكون معرَّباً أو حكاية صوت نحو: الجردقة، والجرموق، كما تقدم في (باب مسح الخف).

والأشهر في ميمها الفتح، وجوز بعضهم كسرها.

وحكى الفراء: منجنوق، وغيره: منجليق بـ(اللام) بدل (النون) الثانية.

فَصْلٌ :

دِيَةُ ٱلْخَطَأِ وَشِبْهِ ٱلْعَمْدِ تَلْزَمُ ٱلْعَاقِلَةَ ، ....

واختلفوا في زيادة ميمه ونونه : فذهب سيبويه إلىٰ أن ميمها أصلية ونونها زائدة ، ولذلك تثبت في الجمع[1] .

قال : (**فصل** :

دية الخطأ وشبه العمد تلزم العاقلة) ، وكذلك الغرة أيضاً ؛ لما في « الصحيحين » [خ ٦٩١٠ ـ م ١٦٨١/٣٤] عن أبي هريرة : (أن امرأة حذفت أخرىٰ بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فقضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غرة عبد أو أمة ، وقضىٰ بدية المرأة علىٰ عاقلتها) .

واسم المرأة الضاربة أم عطية وقيل أم عطيف والمضروبة مليكة .

وإذا ثبت هـٰذا في شبه العمد . . ففي الخطأ أولىٰ .

وحكى الإمام الإجماع فيهما لـٰكن حكى الرافعي في أول (الديات) وجهاً رواه بعضهم قولاً أنها لا تتحمل شبه العمد .

واحترز بـ(الخطأ وشبه العمد) عن دية العمد فهي على الجاني ؛ لما روىٰ سعيد بن منصور عن ابن عباس أنه قال : (لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً) قال ابن عبد البر : ولا مخالف له من الصحابة .

و**شبه العمد** من زيادته على « المحرر » ؛ فإنه ذكر الخطأ ، ولو عكس . . كان أولىٰ .

ولا تحمل العاقلة أيضاً الأطراف والجراحات إذا وقعت عمداً .

وعن مالك : أن ما لا يوجب القصاص كالهاشمة والمنقلة أرشه على العاقلة .

ثم بدل العمد يجب حالاً علىٰ قياس أبدال المتلفات ، وبدل شبه العمد والخطأ يجب مؤجلاً .

قال العلماء : وتغريم العاقلة علىٰ خلاف القياس ؛ لأن القبائل في الجاهلية كانوا

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

يقومون بنصرة من جنىٰ منهم ، ويمنعون أولياء القتيل من أن يدركوا بثأرهم ويأخذوا من الجاني حقهم ، فجعل الشارع بدل هـٰذه النصرة بذل المال ، وخص ذلك بالخطأ وشبه العمد ؛ لكثرتهما ، لا سيما في حق من يتعاطى الأسلحة ، فأعين ؛ لئلا يفتقر بالسبب الذي هو معذور فيه .

وقال أبو بكر الأصم والخوارج : لا تحمل العاقلة شيئاً .

وقال قتادة وأبو ثور وابن شبرمة : تحمل الخطأ دون شبه العمد .

والفريقان محجوجان بالسنة الصحيحة .

وعبارة المصنف تقتضي : أن الوجوب لا يلاقي الجاني أولاً ، بل يلاقي العاقلة ابتداء ، والصحيح المنصوص : أنه يلاقيه ابتداء ثم يتحملونها إعانة له ، كقضاء دين من غرم لإصلاح ذات البين من الزكاة .

ثم إنما تلزم العاقلة إذا قامت بذلك البينة ، أو اعترف به وصدقوه ، فإن كذبوه . . لم يقبل إقراره عليهم ولا علىٰ بيت المال ، ولـٰكن يحلفون علىٰ نفي العلم ، فإذا حلفوا . . وجب على المقر .

وهـٰذه المسألة قدمها المصنف في أوائل (باب الديات) عند ذكر تخفيف الدية وتغليظها ، ولـٰكن أعيدت هنا ؛ لبيان العاقلة وأحكامهم .

قال : (**وهم عصبته**) قال الشافعي رضي الله عنه : لا أعلم مخالفاً : أن العاقلة العصبة ، وهم : القرابة من جهة الأب وعصبات الولاء .

قال : ولا أعلم مخالفاً : أن المرأة والصبي وإن أيسرا لا يحملان شيئاً ، وكذا المعتوه .

ومراد المصنف بـ(العصبة) : الذكور من جهة القرابة والولاء ؛ لتخرج المعتقة ، فإنها من العصبات ، ولا تعقل .

وجهات التحمل ثلاثة : العصوبة ، والولاء ، وبيت المال ، وعلىٰ هـٰذا الترتيب ذكرها المصنف وغيره .

وليست المحالفة والموالاة من جهات التحمل ، فلا يتحمل الحليف ولا (العديد)

ـ وهو : الذي لا عشيرة له فيدخل نفسه في قبيلة ليُعدَّ منها ـ لأن الأصل عدم التحمل ، فيقتصر علىٰ ما ورد به النص .

وعند أبي حنيفة : يتحمل الحليف ، ويساعدنا في العديد .

ولا يتحمل أهل الديوان بعضهم عن بعض ، والمراد : الذين رتبهم الإمام للجهاد ، وأدرَّ لهم أرزاقاً ، وجعلهم تحت رايةِ كبيرٍ يصدرون عن رأيه .

وعند أبي حنيفة : يتحمل بعضهم عن بعض وإن لم يكن بينهم قرابة ، ويقدمون على الأقارب ؛ اتباعاً في ذلك لقضاء عمر رضي الله عنه .

واحتج الأصحاب بأن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ بالدية على العاقلة(١) ، ولم يكن في عهده ديوان ولا في عهد أبي بكر ، وإنما وضعه عمر حين كثر الناس واحتاج إلىٰ ضبط الأسماء والأرزاق ، فلا يترك ما استقر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما أُحدث بعده ، وقضاء عمر رضي الله عنه إنما كان في الأقارب من أهل الديوان .

قال : (**إلا الأصل والفرع**) ؛ فإنهم أبعاضه ، فكما لا يتحمل الجاني لا يتحمل أبعاضه .

وفي « سنن أبي داوود » [٤٥٦٤] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم برأ زوج القاتلة وولدها) قال في « الروضة » : إنه حديث صحيح .

وفي المسألة أحاديث أخر : ففي « النسائي » [١٢٧/٧] : « لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه » .

وصحح الترمذي [٢١٥٩] حديث : « لا يجني والد علىٰ ولده ، ولا مولود علىٰ والده » .

قالوا : وليس المراد نفي نفس الجناية ، إنما المعنىٰ : لا يلزم كلاً منهما جناية

---

(١) أخرجه ابن حبان (٦٠١٩) ، وأبو داوود (٤٥٦٣) ، والنسائي (٨/ ٥١) ، وابن ماجه (٢٦٣٣) .

وَقِيلَ : يَعْقِلُ ٱبْنٌ هُوَ ٱبْنُ ٱبْنِ عَمِّهَا ، وَيُقَدَّمُ ٱلأَقْرَبُ ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ . . فَمَنْ يَلِيهِ ، وَمُدْلٍ بِأَبَوَيْنِ ـ وَٱلْقَدِيمُ : ٱلتَّسْوِيَةُ ـ . . . .

الآخر ، ولأن العرب لا تسمي الأصول والفروع عاقلة .

وقال الأئمة الثلاثة : يتحمل الآباء والبنون كسائر العصبات .

قال : (**وقيل : يعقل ابنٌ هو ابن ابن عمها**) ، وكذلك ابن هو ابن معتقها ، والأصح : المنع ؛ لأن مال بعضه كمال نفسه ، ألا ترىٰ أن نفقته تجب في مال أبعاضه كما تجب في ماله ، فكما لا يؤخذ من ماله لا يؤخذ من أموالهم ، وأما ولاية النكاح . . فهي بالنسب ، وهو ينسب إليها ببنوة العم ، فيزوجها به ، ولا يتحمل ؛ لأن البنوة مانعة ، ولا يلزم القاتل منها شيء .

وقال أبو حنيفة : القاتل كأحد العواقل يتحمل .

قال : (**ويقدم الأقرب**) ؛ لأن العقل حكم من أحكام العصوبة فيقدم الأقرب فيه ، كالميراث وولاية النكاح .

وعند أبي حنيفة : يوزع على القريب والبعيد بالسوية .

قال : (**فإن بقي شيء . . فمن يليه**) ، كما في ولاية النكاح ، فينظر في الواجب عند رأس الحول وفي الأقربين : فإن كان فيهم وفاء إذا وزع الواجب عليهم لقلة الواجب أو لكثرتهم . . وزع عليهم ولا يشاركهم من بعدهم ، وإلا . . فيشاركهم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم .

والمقدم من العاقلة الأخوة ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، ثم الأعمام ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الأب ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الجد ، ثم بنوهم علىٰ ما سبق في الميراث .

قال : (**ومدل بأبوين**) كالإرث .

قال : (**والقديم : التسوية**) ؛ لأن أخوة الأم لا مدخل لها في العقل ، وأما ذوو الأرحام . . فلا يتحملون .

وقال المتولي : إلا إذا قلنا بتوريثهم فيتحملون عند عدم العصبات كما يرثون عند عدمهم ، ولا تحمل بالزوجية بحال .

ثُمَّ مُعْتِقٌ ثُمَّ عَصَبَتُهُ ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ ، وَإِلاَّ . . فَمُعْتِقُ أَبِي ٱلْجَانِي ثُمَّ عَصَبَتُهُ ثُمَّ مُعْتِقُ مُعْتِقِ ٱلأَبِ وَعَصَبَتُهُ ، وَكَذَا أَبَداً . وَعَتِيقُهَا يَعْقِلُهُ عَاقِلَتُهَا ، وَمُعْتِقُونَ كَمُعْتِقٍ ، . . . .

قال : (**ثم معتق ثم عصبته ثم معتقه ثم عصبته ، وإلا . . فمعتق أبي الجاني ثم عصبته ثم معتق معتق الأب وعصبته**) هـٰذه الجهة الثانية من جهات التحمل ، فتحمل عصبات المعتق بعد عصبات النسب ، ثم معتق المعتق ، ثم عصباته .

وهل يدخل في عصبات المعتق ابنه وأبوه؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنهما من العصبة ، وإنما لم يدخل ابن الجاني وأبوه ؛ للبعضية ، ولا بعضية بين الجاني وبين ابن المعتق وأبيه .

وأصحهما : المنع ، واعتمدوا فيه ما روى الشافعي [أم ٦/ ١١٥] والبيهقي [٨/ ١٠٧] : أن عمر قضىٰ علىٰ علي رضي الله عنهما بأن يعقل عن موالي صفية بنت عبد المطلب ، وقضىٰ بالميراث لابنها الزبير بن العوام رضي الله عنهما ، فلم يضرب الدية على الزبير وضربها علىٰ علي ؛ لأنه كان ابن أخيها ، واشتهر ذلك فيما بينهم .

ووقع في « النهاية » و « الوسيط » : أنه قضىٰ به على ابن عمها ، وهو وهم ؛ لأنه ليس لها ابن عم ولا عم ، فإن عبد المطلب لم يكن له أخ ، فإنما هو ابن أخيها ، وكان له عشرة إخوة .

ويجري الوجهان في ابن معتق المعتق وأبيه .

قال : (**وكذا أبداً**) يعني : إذا لم يوجد من له نعمة الولاء على الجاني ولا أحد من عصباته . . تحمل معتق الأب ثم عصباته كذلك إلىٰ حيث تنتهي ، والغرامة الموزعة على المعتقين بقدر الملك لا بعدد الرؤوس .

قال : (**وعتيقها يعقله عاقلتها**) ؛ لأن الذكورة شرط في التحمل كما سيأتي ، وكما أنها لم تكن أهلاً للتزويج يزوج عتيقها من يزوجها .

قال : (**ومعتقون كمعتق**) ، فإذا أعتق جماعة عبداً فجنىٰ خطأً . . تحملوا عنه تحمل شخص واحد ؛ لأن الولاء لجميعهم لا لكل واحد منهم .

وَكُلُّ شَخْصٍ مِنْ عَصَبَةِ كُلِّ مُعْتِقٍ يَحْمِلُ مَا كَانَ يَحْمِلُهُ ذَٰلِكَ ٱلْمُعْتِقُ . وَلاَ يَعْقِلُ عَتِيقٌ فِي ٱلأَظْهَرِ . فَإِنْ فُقِدَ ٱلْعَاقِلُ أَوْ لَمْ يَفِ . . عَقَلَ بَيْتُ ٱلْمَالِ عَنِ ٱلْمُسْلِمِ ، .

فإن كانوا أغنياء . . فالمضروب علىٰ جميعهم نصف دينار ، وإن كانوا متوسطين . . فربع دينار .

وإن كانوا بعضاً وبعضاً . . فعلى الغني حصته من النصف ، وعلى المتوسط حصته من الربع .

قال : (**وكل شخص من عصبة كل معتق يحمل ما كان يحمله ذلك المعتق**) ، فإذا كان المعتق واحداً ومات عن إخوة مثلاً . . ضرب علىٰ كل واحد حصته تامة من نصف دينار إن كان غنياً ، وربعه إن كان متوسطاً .

ولا يقال : يوزع عليهم ما كان الميت يحمله ؛ لأن الولاء لا يوزع عليهم توزعه على الشركاء ، ولا يرثون الولاء من الميت ، بل يرثون به .

ولو مات واحد من الشركاء المعتقين أو جميعهم . . حمل كل واحد من عصباته مثل ما كان يحمله الميت ، وهي حصته من نصف أو ربع ؛ لأن غايته نزوله منزلة ذلك الشريك .

قال : (**ولا يعقل عتيق في الأظهر**) كما لا يرث ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة ومالك .

والثاني : يعقل ؛ لأن العقل للنصرة والإعانة والعتيق أولىٰ بهما .

وخالف الإرث ؛ فإنه في مقابلة إنعام المعتق ، فإن قلنا : يتحمله . . فهـٰذه جهة رابعة للتحمل .

فلو اجتمعا . . تأخر العتيق عن المعتق ، نص عليه ، ولا يضرب علىٰ عصبته بحال .

قال : (**فإن فقد العاقل أو لم يف . . عقل بيت المال عن المسلم**) هـٰذه الجهة الثالثة ، فيعقل بيت المال عن المسلم ، كما أن بيت المال نصب للتركة إذا لم يكن للميت عصبة بالنسب ولا بالولاء ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أنا وارث من لا وارث له ، أعقل عنه وأرثه » رواه أبو داوود [٢٨٩١] والنسائي [سك ٦٣٢١] ، وصححه ابن حبان [٦٠٣٥] والحاكم [٤/ ٣٤٤] .

فَإِنْ فُقِدَ . . فَكُلُّهُ عَلَى ٱلْجَانِي فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

وخرج بـ(المسلم) : الذمي والمعاهد ، فلا يعقله ؛ لأن مال كل منهما ينتقل له فيئاً لا إرثاً .

وأما المرتد . . فلا عاقلة له ، فدية قتله خطأ في ماله مؤجلة ، فإن مات . . سقط الأجل(١) .

قال : (**فإن فقد . . فكله على الجاني في الأظهر**) مقصوده : أن التحمل إذا انتهىٰ إلىٰ بيت المال فلم يوجد فيه مال هل يؤخذ الواجب من الجاني(٢)؟ فيه وجهان بنَوهما علىٰ : أن الدية تجب على العاقلة ابتداء أو تجب على الجاني وتتحمل عنه العاقلة؟ وفيه وجهان ، ويقال : قولان :

أصحهما : أنها تجب على الجاني والعاقلة تتحملها ؛ لأن القياس وجوب الضمان على المتلف ، فنجري على القياس ونجعلهم متحملين .

والثاني : تجب على العاقلة ابتداء ؛ لأن المطالبة عليهم دون الجاني ، وقد توجه بظاهر ما تقدم من (أنه صلى الله عليه وسلم قضىٰ بالدية على العاقلة ابتداء) .

وقوله : (فقد) أراد به : المال الكائن في بيت المال .

وعبارة « المحرر » : فإن لم يكن في بيت المال مال . . أخذ الواجب من الجاني على الأظهر ، ثم إن المصنف تبع « المحرر » في تعبيره بالأظهر ، ولا اصطلاح له في ذلك ، والصواب : الأصح كما في « الروضة » ؛ فإن الخلاف وجهان .

وظاهر كلامه : أن الجاني لا يتحمل شيئاً مع وجود من سبق ، وليس كذلك ، بل

---

(١) في هامش (ص) : (مقتضىٰ كلامهم : أنه لو كان في بيت المال مال وامتنع المتكلم فيه من بذله للمجني عليه ظلماً . . لم يؤخذ من الجاني ، وهو ظاهر ؛ لأن العقل مواساة ، وهي مبنية على المساهلة فلا يناسبه الوجوب على الجاني ، ويؤيد ذلك : أن العاقلة لو امتنعوا من الإعطاء ظلماً لا يرجع إلىٰ بيت المال مع وجودهم وقدرتهم ، وقال البلقيني : في الصورة الأولىٰ يؤخذ من الجاني ، وينزل منع الظلمة منزلة الفقد ، قال : ولم أر من تعرض له) .

(٢) في هامش (ز) : (قوله : « فلم يوجد فيه شيء » أو كان هناك أهم منه ، ومثله : لو كان بيت المال غير منتظم على الصحيح . . فيرجع إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يكونوا ، أو كانوا ولم يعرفوا . . يرجع إلى الجاني) اهـ

وَتُؤَجَّلُ عَلَى ٱلْعَاقِلَةِ دِيَةُ نَفْسٍ كَامِلَةٍ ثَلاَثَ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثُلُثٌ ، وَذِمِّيٍّ سَنَةً ، وَقِيلَ : ثَلاَثاً ، وَٱمْرَأَةٍ سَنَتَيْنِ فِي ٱلأُولَىٰ ثُلُثٌ ، . . . .

إذا وزعنا على العاقلة وفضلت فضلة . . أخذت منه كما يؤخذ منه الجميع لو لم يوجد متحمل ، وحيث قلنا : تؤخذ من الجاني . . فهي مؤجلة عليه كالعاقلة .

قال : (**وتؤجل[1] على العاقلة دية نفس كاملة ثلاث سنين في كل سنة ثلث**) ؛ لأن العاقلة تحملها علىٰ جهة المواساة فوجب أن يكون وجوبها مؤجلاً رفقاً به ، وقياساً على الزكاة .

وأما كونها في (ثلاث سنين) . . فقال الشافعي : لا أعلم خلافاً بين أحد علمته : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ بها كذلك) ، وروي عن عمر وعلي وابن عباس أنهم ضربوها كذلك بغير نكير ، فكان إجماعاً .

واختلف الأصحاب في المعنى الذي كانت لأجله في ثلاث سنين :

فقيل : لأنها بدل نفس محترمة .

وقيل : لأنها دية كاملة ، وهـٰذا هو الأصح .

وتظهر فائدة الخلاف في الصور الآتية في كلام المصنف .

قال : (**وذمي سنة**) ؛ لأنها قدر الثلث .

قال : (**وقيل : ثلاثاً**) ؛ لأنها بدل نفس ، ولو قال : وكافر سنة . . لدخل كل كافر معصوم بذمة أو أمان أو غير ذلك .

ولا خلاف أن ما يضرب على العاقلة يضرب مؤجلاً وإن كان درهماً واحداً ، وأن الأجل لا ينقص عن سنة كما صرح به في « المحرر » وغيره .

ولو قتل ثلاثة واحداً . . فعلىٰ عاقلة كل واحد منهم ثلث دية مؤجلة عليهم في ثلاث سنين ، وقيل : في سنة .

قال : (**وامرأة سنتين في الأولىٰ ثلث**) أي : ثلث دية الرجل ، والباقي في آخر السنة الثانية ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وعن أبي حنيفة رحمه الله .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : من غير ضرب قاض ؛ لأنها مؤجلة شرعاً) .

وَقِيلَ : ثَلَاثاً . وَتَحْمِلُ ٱلْعَاقِلَةُ ٱلْعَبْدَ فِي ٱلأَظْهَرِ ، فَفِي كُلِّ سَنَةٍ قَدْرُ ثُلُثِ دِيَةٍ ، وَقِيلَ : فِي ثَلَاثٍ ، . . . .

قال : (**وقيل : ثلاثاً**) ؛ لأنها بدل نفس .

وأما دية المجوسي والجنين . . ففي سنة وإن كانتا دون ثلث الدية ؛ لأن السنة لا تتبعض .

قال : (**وتحمل العاقلة العبد في الأظهر**) ، المراد : أنها تحمل الجناية عليه من الحر نفساً وطرفاً ، خطأً وشبه عمد ؛ لأنه بدل آدمي ويتعلق به قصاص وكفارة فأشبه الحر ، هـٰذا هو الجديد .

فعلىٰ هـٰذا : لو اختلف السيد والعاقلة في قيمته . . صدقوا بحلفهم ؛ لأنهم غارمون .

والقول الثاني ـ وبه قال مالك وأحمد ـ : لا تحمله ، بل هي على الجاني ؛ لأنه مضمون بالقيمة فأشبه البهيمة .

وعن أبي حنيفة : تحمل بدل نفسه دون طرفه .

روى البيهقي عن عامر بن شراحيل الشعبي أنه قال : لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً .

قال أبو حنيفة : معناه : أن يجني العبد علىٰ حر ، فليس علىٰ عاقلة مولاه شيء من جنايته ، وإنما جنايته في رقبته .

وقال ابن أبي ليلىٰ : إنما معناه : أن يكون العبد مجنياً عليه ، يقول : ليس علىٰ عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة ، وإليه ذهب الأصمعي وأبو عبيد ، وقالا : لو كان المعنىٰ علىٰ ما قال أبو حنيفة . . لكان الكلام : لا تعقل العاقلة عن عبد ، ولم يكن : ولا تعقل عبداً .

قال الأصمعي : وكلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد ، فلم يفرق بين (عقلته) و(عقلت عنه) حتىٰ فهّمته .

قال : (**ففي كل سنة قدر ثلث دية ، وقيل**) كلها (**في ثلاث**) ، المراد : أنه إذا كانت قيمته قدر دية حر مسلم . . ضربت في ثلاث سنين لا محالة ، وإن كانت قدر

وَلَوْ قَتَلَ رَجُلَيْنِ . . فَفِي ثَلَاثٍ ، وَقِيلَ : سِتٌّ ، وَٱلْأَطْرَافُ فِي كُلِّ سَنَةٍ قَدْرُ ثُلُثِ دِيَةٍ ، وَقِيلَ : كُلُّهَا فِي سَنَةٍ . . . .

ديتين . . ضربت في ست سنين في كل سنة قدر ثلث دية كاملة نظراً إلى المقدر .

وقيل : في ثلاث ؛ لأنها بدل نفس .

قال : (**ولو قتل رجلين . . ففي ثلاث**) ؛ لأن الواجب ديتان مختلفتان والمستحق مختلف ، فلا يؤخر حق بعضهم باستحقاق غيره ، كالديون إذا اتفق انقضاء آجالها .

قال : (**وقيل : ست**) ؛ لأن بدل النفس الواحدة يضرب في ثلاث فيزاد للأخرىٰ مثلها .

هـٰذا إذا قتلهما معاً ، فإن قتلهما في يومين وقلنا : تضرب في ثلاث سنين . . أجلت دية كل واحد إلىٰ ثلاث سنين من قتله ، وإن قلنا : في ست . . فدية كل واحد منجَّمة في ست سنين من يوم قتله ، في كل سنة سدسها ، ويقاس عليه ما لو قتله أكثر من اثنين .

وقوله : (رجلين) ليس بقيد ، فلو قتل امرأتين . . ففي ثلاث إن اعتبرنا النفس ، وإن اعتبرنا القدر . . فهل تضرب في سنتين أو ثلاث؟ وجهان .

وعكس مسألة الكتاب : إذا قتل ثلاثة واحداً . . فعلىٰ عاقلة كل واحد حصته مؤجلة من ثلاث على الصحيح ، وقيل : من سنة[1] .

قال : (**والأطراف في كل سنة قدر ثلث دية ، وقيل : كلها في سنة**) أصل هـٰذه المسألة : أن الأطراف وأروش الجنايات وحكوماتها قليلها وكثيرها يضرب على العاقلة على المشهور ، كدية النفس كما تقدم ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما حملَ العاقلة جميع الدية . . نبه به علىٰ تحمل الأقل .

ونقل عن القديم : أنها لا تحملها ؛ لأنها لا تضمن بالكفارة ولا تجري فيها القسامة فلم تحملها العاقلة كبدل المال ، ولأن ضرب الدية على العاقلة علىٰ خلاف القياس كما تقدم ، وورد الشرع في النفس فيقتصر عليها .

---

(١) في هامش (ص) : (كما تقدم قبل هـٰذا بيسير في شرح قول المتن « وذمي سنة ، وقيل : ثلاثاً ») .

وعن القديم قول آخر : إن ما دون ثلث الدية لا يضرب ؛ لأنه لا يعظم إجحافه بالجاني ، فعلى المشهور ـ وهو : أنها تحمل الأطراف وأروش الجنايات والحكومات ـ قيل : تضرب في سنة قلَّت أو كثرت .

والأصح : التفصيل ، فإن لم يزد الواجب على ثلث الدية . . ضرب في سنة ، وإن زاد عليه ولم يجاوز الثلثين . . ففي سنتين ، في آخر الأولىٰ ثلث دية ، وفي آخر الثانية الباقي ، وإن زاد على الثلثين ولم يجاوز الدية . . ففي ثلاث سنين ، وإن زاد كقطع يديه ورجليه . . فالمذهب : أنه في ست سنين ، وقيل : في ثلاث .

قال : (**وأجل النفس من الزهوق**) أي : ابتداء المدة في دية النفس من وقت الزهوق ، سواء قتله بجرح مذفف أو سراية جرح ؛ لأنه وقت استقرار الوجوب .

قال في « الروضة » : ولا خلاف فيه في جميع الطرق ، وقول الغزالي : من الرفع إلى القاضي كمدة العنة ، لا يعرف لغيره ، إنما هو مذهب أبي حنيفة .

فإن كان الزهوق بجراحة . . فبالاتفاق ، وإن كان بسراية من قطع عضو أو جراحة أخرىٰ . . فأوجه :

أصحها : أن الحكم كذلك .

والثاني : أنه من وقت الجراحة .

والثالث : أن ابتداء دية العضو من وقت قطعه ، والباقي من الزهوق .

قال : (**وغيرها من الجناية**) ؛ لأنها حالة الوجوب ، فتعلق الحكم بها كما تعلق بحالة الزهوق في النفس ؛ لأنها حالة وجوب ديتها .

وذهب أبو الفياض البصري إلى احتساب المدة من وقت الاندمال ، فعلى المذهب : لو مضت سنة ولم يندمل . . ففي مطالبة العاقلة بالأرش الخلاف في مطالبة الجاني العامد قبل الاندمال .

كل هـٰذا إذا لم تسر واندملت ، فإن سرت إلىٰ عضو آخر (١) كمن إصبع إلىٰ كف . . فأوجه :

---

(١) في هامش (ز) : (أي : واندملت) .

أحدها : أن ابتداءها من وقت سقوط الكف ؛ فإنها نهاية الجناية ، وبه جزم البغوي ، وصححه الفوراني ، وضعفه الإمام .

وثانيها : ابتداؤها من وقت الاندمال ، وجزم به العراقيون والماوردي[1] .

وثالثها : المدة ابتداء مدة أرش الإصبع من وقت القطع ، ومدة أرش الكف من وقت سقوطه ، كما لو انفرد كل منهما بجناية ، واختاره القفال والإمام والروياني .

قال : (**ومن مات ببعض سنة . . سقط**) أي : إذا مات في أثناء السنة بعض العاقلة لم يؤخذ من تركته اعتباراً بآخر الحول كالزكاة ، بخلاف ما إذا مات الذمي في أثناء الحول ؛ فإن الأصح : أن جزية ما مضىٰ تؤخذ من تركته ؛ لأنها كالأجرة لدار الإسلام .

وأفهم : أنه إذا مات العاقل بعد السنة تؤخذ من تركته ، وهو كذلك بلا خلاف .

أما إذا وجبت على الجاني مؤجلة ثم مات في أثناء الحول . . فإنها تؤخذ من تركته كسائر الديون .

قال : (**ولا يعقل فقير**) قال الأصحاب : الصفات المعتبرة في العاقلة خمس :

الأولىٰ : أن يكون غنياً أو متوسطاً ، فلا **يعقل** فقير ولو كان معتملاً ؛ لأن العقل مواساة وليس الفقير من أهلها ، كنفقة القريب .

وعن أبي حنيفة : أنه يعقل بشرط أن يكون معتملاً قادراً على الكسب .

قال ابن الرفعة : ومن هـٰذا يظهر : أن المراد بالفقير هنا : من لا يملك مالاً يفضل عن كفايته على الدوام ، لا من لا يملك شيئاً أصلاً .

وضبط البغوي الغنىٰ هنا والتوسط بالعادة ، فيختلف باختلاف البلدان والأزمان ، والأقرب ـ علىٰ ما رأى الإمام ـ اعتباره بالزكاة .

قال : (**ورقيق**) هـٰذه الصفة الثانية وهي الحرية ، فلا تضرب علىٰ رقيق ، أما غير

---

(١) في هامش (ك) : (معتمد) .

وَصَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ وَمُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ وَعَكْسُهُ ، وَيَعْقِلُ يَهُودِيٌّ عَنْ نَصْرَانِيٍّ وَعَكْسُهُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، ....

المكاتب . . فبلا خلاف ؛ لأنه لا ملك له ، وأما المكاتب . . فلأنه ليس من أهل المواساة .

قال : (**وصبي ومجنون**) هٰذه الصفة الثالثة وهي التكليف ، فلا يتحملها الصبي ولا المجنون ولا المعتوه وإن كانوا موسرين ؛ لأن غير المكلف لا نصرة فيه ، وهي مبنية على المناصرة ، بخلاف الزمن والشيخ الهرم والمريض والأعمىٰ ؛ فإنهم يتحملون على الصحيح ؛ لنصرتهم بالقول والرأي .

قال : (**ومسلم عن كافر وعكسه**) هٰذه الصفة الرابعة وهي الموافقة في الدين ، فلا يعقل المسلم عن الكافر ولا عكسه ؛ لانقطاع النصرة وعدم الميراث .

قال : (**ويعقل يهودي عن نصراني وعكسه في الأظهر**) كما يتوارثان .

والثاني : لا ؛ بناء على انقطاع الموالاة بينهما .

والقولان مفرعان علىٰ أن الكفر كله ملة واحدة ، وهو الصحيح ، وقيل : ملل ، فحينئذ لا توارث .

والمعاهد كالذمي ، فيحمل الذمي عنه ، وكذا عكسه إن زادت مدة العهد علىٰ أخذ الدية ، ولم تنصرم قبل مضي الأجل ، ولا يتحمل ذمي عن مرتد وعكسه قطعاً .

والصفة الخامسة : الذكورة ، فلا تعقل امرأة بالاتفاق ؛ لأن رأيها ناقص وإن سلم كماله في بعضهن .

ولم يذكر المصنف هٰذه الصفة ؛ اكتفاء بذكره العصوبة أول الفصل وأن عتيق المرأة لا تعقل عنه ، والخنثىٰ كالمرأة ، فإن بان الخنثىٰ ذكراً . . فهل يغرم حصته التي أداها غيره؟ فيه وجهان : قال المصنف : قلت : لعل أصحهما : نعم .

فرع :

إن كان العاقلون حاضرين في بلد الجناية . . فالدية عليهم ، وإن كانوا غائبين . . لم يستحضروا ولم ينتظر حضورهم ، بل إن كان لهم هناك مال . . أخذ منه ، وإلا . .

وَعَلَى ٱلْغَنِيِّ نِصْفُ دِينَارٍ ، وَٱلْمُتَوَسِّطِ رُبُعٌ كُلَّ سَنَةٍ مِنَ ٱلثَّلَاثِ ، وَقِيلَ : هُوَ وَاجِبُ ٱلثَّلَاثِ ، . . . .

فيحكم القاضي بالدية علىٰ ترتيبهم ويكتب بذلك إلىٰ قاضي بلدهم ليأخذها ، وإن شاء . . حكم بالقتل وكتب إلىٰ قاضي بلدهم ليحكم عليهم بالدية ويأخذها منهم .

وإن غاب بعضهم وحضر بعضهم فقولان :

أحدهما : يقدم من حضر لقرب داره وإمكان نصرته .

وأظهرهما : يضربها على الجميع كالإرث .

والمراد بالغيبة هٰهنا : أن تعسر مكاتبة قاضي بلده ورجوع جوابه في سنة ، قاله الإمام والغزالي .

قال الرافعي : وكلام الشافعي والأصحاب لا يساعده علىٰ ذلك ؛ فإنهم فرضوا الخلاف فيما إذا كان القاتل بمكة والعاقلة بالشام .

قال ابن الرفعة : وعلىٰ هٰذا : يظهر أن لا ضابط سوىٰ مسافة القصر .

قال : (**وعلى الغني نصف دينار**) ؛ لأنه أقل ما يجب في الزكاة .

قال : (**والمتوسط ربع**) دينار ؛ لأنه واسطة بين الفقير الذي لا شيء عليه والغني الذي عليه نصف دينار ، ولم يجز إلحاقه بأحد الطرفين ؛ لأنه إفراط أو تفريط ، فتوسط فيه بربع دينار ؛ لأن الناقص عنه تافه .

قال : (**كل سنة من الثلاث**) ؛ لأنها مواساة تعلقت بالحول فتكررت بتكرره كالزكاة ، فجميع ما يلزم الغني في السنين الثلاث دينار ونصف ، والمتوسط نصف دينار وربع دينار .

وعند أبي حنيفة : يؤخذ من كل واحد من ثلاثة دراهم إلىٰ أربعة .

وعند مالك : لا يتقدر ، بل باجتهاد الحاكم .

قال : (**وقيل : هو واجب**) السنين (**الثلاث**) يعني : النصف على الغني ، والربع على المتوسط .

فعلىٰ هٰذا : يؤدي الغني كل سنة سدس دينار ، والمتوسط نصف سدس .

وَيُعْتَبَرَانِ آخِرَ ٱلْحَوْلِ ، وَمَنْ أَعْسَرَ فِيهِ . . سَقَطَ . . . .

قال : (**ويعتبران آخر الحول**) أي : الغنىٰ والتوسط كالزكاة ، فإذا كان معسراً آخر الحول . . لم يلزمه شيء من واجب تلك السنة ، وإن انعكس . . انعكس .

أما إذا كان أول الحول رقيقاً أو كافراً أو مجنوناً وكمل في آخر الحول . . فالأصح : أنه لا تؤخذ منه ؛ لأنه لم يكن من أهل التحمل حال الجناية ، بخلاف الفقير ؛ فإنه كان من أهل التحمل في الجملة .

والثالث : لا تؤخذ منه حصة تلك السنة ، وتؤخذ منه حصة ما بعدها .

ويشترط فيما يملكه الغني والمتوسط : أن يكون فاضلاً عن مسكن وثياب وجميع ما لا يباع في الكفارة[1] .

قال : (**ومن أعسر فيه . . سقط**) ، المراد بـ(السقوط) : أنه لا يلزمه شيء من واجب ذلك الحول وإن كان موسراً من قبل أو أيسر بعده .

قال الماوردي : ولو ادعى الفقر بعد الغنىٰ . . حلف ولم يكلف البينة علىٰ فقره ؛ لأنها لا تلزم إلا مع العلم بغناه .

ولو مات وهو موسر بعد الحول وقبل الأداء . . أدي ما لزمه من تركته مقدماً على الوصايا والميراث ، فإن كان ثَم ديون مستغرقة . . وزعت على الجميع وكان باقي العقل ديناً على الميت ، ولا يلزم العاقلة لوجوبه علىٰ غيرهم .

تتمة :

قال الرافعي : يشبه أن يكون المرعي في إيجاب الربع والنصف مقدارهما ، لا أنه يجب على العاقلة بذل الدنانير بأعيانها ؛ لأن الإبل هي التي تجب وما يؤخذ يصرف إليها ، وللمستحق أن لا يقبل غيرها .

يوضحه : أن المتولي قال : على الغني نصف دينار أو ستة دراهم ؛ لأن الدينار في الدية يقابل باثني عشر درهماً .

---

(١) في هامش (ز) : (والذي يملكه الغني بعد ما ذكر عشرون ديناراً والمتوسط أقل من عشرين إلىٰ ربع دينار فأكثر) اهـ

فَصْلٌ :

مَالُ جِنَايَةِ ٱلْعَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، . . . .

قال : (**فصل :**

مال جناية العبد يتعلق برقبته) لَمَّا فرغ من حكم جناية الحر . . شرع فيما يجب بجناية العبد ، فإذا جنىٰ جناية توجب المال أو القصاص وآل الأمر إلى المال . . تعلق برقبته دون سيده وعاقلته ، والمعنىٰ في أنه لا يمكن إلزام السيد بجنايته ؛ لأنه إضرار به ، ولا يمكن أن يقال : إنه في ذمته إلىٰ أن يعتق ويوسر ؛ فإنه تفويت وتأخير لا إلىٰ غاية معلومة ، وفيه ضرر ظاهر .

ويخالف ما إذا عامله إنسان بإقراض ونحوه[1] ؛ فإنه رضي بأن يكون الحق في ذمته ، فجعل التعلق بالرقبة طريقاً وسطاً في رعاية الجانبين .

وروى البيهقي [٨/١٠٥] بإسناد حسن عن ابن عباس أنه قال : (العبد لا يغرم سيده فوق نفسه شيئاً) .

وروى الشافعي [١/٣٤٢] عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن ابن المسيب أنه قال : عقل العبد في ثمنه مثل عقل الحر في ديته ، وبهـٰذا قال شريح والشعبي والنخعي ، وحكى البيهقي فيه الإجماع .

وسواء أذن له السيد في الجناية وهو مميز أم لا .

وقيل : إن أذن . . تعلق المال برقبته وكسبه جميعاً ، وزيفه الإمام ، أما الذي ليس له تمييز . . فسبق أن الضمان يتعلق بالآمر ، وأنه لا شيء على العبد .

ولا يخفىٰ أن الكلام هنا في جنايته علىٰ غير سيده أو كان مستحق الأرش غيره ، فإن كان . . ففيه تفصيل تقدم في (كتاب الرهن) ، وجناية المكاتب يأتي حكمها في بابه .

ومعنى (التعلق بالرقبة) : أن يباع ويصرف ثمنه إلى الجناية ، ولا يملكه المجني عليه بنفس الجناية إذا كانت قيمته أقل من أرشها ؛ لما فيه من إبطال حق السيد من

---

(١) في هامش (ص) : (أي : إن تلفت العين المقروضة ، وإلا . . فمن المعلوم : أن اقتراضه غير صحيح ، وأنه لا يملك المقروض ؛ لأنه لا يملك وإن ملكه بنفس السبب) .

وَلِسَيِّدِهِ بَيْعُهُ لَهَا ، وَفِدَاؤُهُ بِٱلأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَأَرْشِهَا ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : بِأَرْشِهَا ، وَلاَ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ مَعَ رَقَبَتِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

التمكن من الفداء ، ويتعلق الأرش بجميع الرقبة مطلقاً إن كان بقدر قيمتها أو أكثر ، وكذا إن كان أقل علىٰ ظاهر النص .

وحاول ابن الرفعة في (كتاب البيع) إثبات خلاف فيه : أنه يتعلق بقدره منها ، وهـٰذا التعلق أقوىٰ من تعلق الرهن ، ومع ذلك لو أبرأ المرتهن عن بعض الدين . . لم ينفك شيء من الرهن ، وهنا لو حصلت البراءة من بعض الواجب انفك من العبد بقسطه على الصحيح ، ذكره الرافعي في (دوريات الوصايا) .

قال : (**ولسيده بيعه لها ، وفداؤه**) ، يفعل أيهما أراد كالمرهون ، فإن سلمه للبيع واستغرق الأرش قيمته . . بيع كله ، وإلا . . فبقدر الحاجة ، إلا أن يختار السيد بيع الجميع ، أو لم يجد من يرغب في شراء البعض .

قال : (**بالأقل من قيمته وأرشها**) ؛ لأنه إن كانت قيمته أقل . . فليس عليه إلا تسليمه ، فإذا لم يسلمه . . طولب بقيمته ، وإن كان الأرش أقل . . فليس للمجني عليه إلا ذلك ، فإن امتنع . . باعه الحاكم .

والمراد بـ(القيمة) : قيمة يوم الجناية ، نص عليه .

وعن القفال : قيمة يوم الفداء ؛ لأن ما نقص قبل ذلك لا يطالب به السيد ، ألا ترىٰ أنه لو مات قبل اختيار الفداء . . لا يلزم السيد شيء ، وحمل النص علىٰ ما إذا سبق من السيد منع من بيعه حال الجناية ثم نقصت القيمة .

قال : (**وفي القديم : بأرشها**) أي : بالغاً ما بلغ ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه لو سلمه . . ربما بيع بأكثر من قيمته ، فلو جنى المبعض خطأ . . فالواجب علىٰ عاقلته نصف الدية ، أفتىٰ به البغوي .

قال : (**ولا يتعلق بذمته مع رقبته في الأظهر**) ؛ لأنه لو تعلق بالذمة . . لما تعلق بالرقبة ، كديون المعاملات التي استقرت في ذمته .

والثاني : **يتعلق** بذمته أيضاً كالمال الواجب بجناية الحر .

وعلىٰ هـٰذا : فتكون الرقبة مرهونة بالحق الثابت في ذمته ، وللعبد ذمة بدليل : أنه

وَلَوْ فَدَاهُ ثُمَّ جَنَىٰ . . سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ أَوْ فَدَاهُ ، وَلَوْ جَنَىٰ ثَانِياً قَبْلَ ٱلْفِدَاءِ . . بَاعَهُ فِيهِمَا أَوْ فَدَاهُ بِٱلْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَٱلْأَرْشَيْنِ ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : بِٱلْأَرْشَيْنِ . وَلَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ وَصَحَّحْنَاهُمَا أَوْ قَتَلَهُ . . فَدَاهُ بِٱلْأَقَلِّ ، وَقِيلَ : ٱلْقَوْلَانِ ، . . . .

لو استقرض مالاً وأتلفه . . ثبت البدل في ذمته .

وفي « خلاصة الغزالي » : أن القتل إن كان عمداً . . أتبع بالفاضل إذا عتق ، وإن كان خطأ . . لم يتبع به على الأصح .

ومحل الخلاف : إذا اعترف السيد بالجناية[1] ، وإلا . . فيقطع ؛ فإن الأرش يتعلق بذمة العبد .

قال : (**ولو فداه ثم جنىٰ . . سلمه للبيع أو فداه**) ولو تكرر ذلك مئة مرة ؛ لأن الحق في الجناية تعلق برقبته وليس لها تعلق سابق ، ولأن الحق المتعلق بالرقبة هٰذا حكمه .

قال : (**ولو جنىٰ ثانياً قبل الفداء . . باعه فيهما أو فداه بالأقل من قيمته والأرشين**) أي : على الجديد ؛ لما تقدم . قال : (**وفي القديم : بالأرشين**) ووجهه ما سبق ، وكذلك الحكم لو كان سلمه للبيع فجنىٰ ثانياً قبل البيع .

قال : (**ولو أعتقه أو باعه وصححناهما**) وهو في العتق إذا كان موسراً على الأظهر وفي البيع بعد اختياره الفداء .

قال : (**أو قتله . . فداه**) المراد : أنه يتعين الفداء ؛ لأنه فوت محل حقه .

هٰذا إذا أمكن دفع الفداء ، فإن تعذر تحصيله أو تأخر لإفلاسه أو غيبته . . فسخ البيع وبيع في الجناية ؛ لأن حق المجني عليه أقدم من حق المشتري .

واحترز بقوله : (وصححناهما) عما إذا أبطلناهما ، وهو أوضح .

قال : (**بالأقل**) أي : بأقل الأمرين ؛ لأنه المتيقن .

قال : (**وقيل : القولان**) أي : السابقان ، وجزم بهما في « الروضة » في (كتاب البيع) مع نقله هنا اتفاق الأصحاب علىٰ طريقة القطع ، والصحيح : أنه لا تلزمه زيادة

---

(١) في هامش (ز) : (أو قامت بها بينة) .

وَلَوْ هَرَبَ أَوْ مَاتَ . . بَرِئ سَيِّدُهُ ، إِلاَّ إِذَا طُلِبَ فَمَنَعَهُ ، وَلَوِ ٱخْتَارَ ٱلْفِدَاءَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ ٱلرُّجُوعَ وَتَسْلِيمَهُ . وَيَفْدِي أُمَّ وَلَدِهِ . . . .

على القيمة قطعاً ؛ لأنه لم يتلف إلا قدر القيمة .

وأما وطؤه . . فالأصح : أنه لا يكون اختياراً ما لم يحبلها ، فإن أحبلها . . فهو كإعتاقها ، والخلاف كالخلاف في أن وطء البائع في زمن الخيار هل هو فسخ؟ ووطء المشتري فيه هل هو إجازة؟ وإن كان الأصح : أنه ثَم فسخ وإجازة .

قال : (**ولو هرب أو مات**) أي : قبل اختيار سيده للفداء (. . **برىء سيده**) ؛ لأن الحق متعلق برقبته وقد فاتت .

قال : (**إلا إذا طلب فمنعه**) لتعديه ؛ لأنه بالمنع مختار للفداء ، فإن لم يمنعه . . فلا شيء عليه .

ولو قتل أجنبي العبد قتلاً يوجب القصاص . . فللسيد أن يقتص وعليه الفداء ، قاله البغوي .

قال الرافعي : ويجوز أن ينظر في وجوب الفداء عليه إلىٰ أن موجب العمد أحد الأمرين أو القود عيناً ، فلا يلزمه على الثاني ، وهو الأصح .

قال : (**ولو اختار الفداء . . فالأصح : أن له الرجوع وتسليمَه**) ؛ لأنه وعد واليأس لم يحصل من بيعه .

والثاني : يلزمه الفداء بذلك ولا يقبل رجوعه ؛ لالتزامه .

وموضع الخلاف : ما إذا كان العبد حياً ، فإن مات . . فلا رجوع له بحال .

وقوله : (وتسليمَه) منصوب بالعطف على اسم (أنّ) أي : وأن عليه تسليمه ؛ لأنه إذا رجع . . كلف التسليم .

قال : (**ويفدي أم ولده**) ؛ لأنه بالإحبال منع بيعها ، فصار كما لو جنى القن وامتنع السيد من بيعه .

قال الإمام : (وهـٰذا مما يغمض ؛ لأنه تصرف في ملكه ، فإلزامه الفداء لجناية تصدر منها بعد الاستيلاد بعيد عن قياس الأصول ، ولـٰكنه متفق عليه بين أصحابنا) اهـ

وهـٰذا الإشكال قوي .

بِٱلأَقَلِّ ، وَقِيلَ : ٱلْقَوْلاَنِ ، وَجِنَايَاتُهَا كَوَاحِدَةٍ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

قال : (**بالأقل**) أي : من قيمتها والأرش قطعاً ؛ لامتناع بيعها ، وسواء جنت علىٰ نفس أو مال .

قال : (**وقيل : القولان**) أي : كالقن ، والفرق : أنها لا تقبل البيع ، ثم المعتبر قيمتها يوم الجناية ، وقيل : يوم الإحبال ، وبه جزم البغوي .

ولو ماتت عقب الجناية بلا فصل . . لزمه الفداء في الأصح ، ذكره الرافعي في كلامه علىٰ جناية العبد الموقوف .

وعلم من فرض المسألة : أن المراد أم الولد التي امتنع بيعها ، فلو كانت تباع لأنه استولدها وهي مرهونة وهو معسر ونحوه . . فإن حق المجني عليه يقدم علىٰ حق المرتهن .

قال : (**وجناياتها كواحدة في الأظهر**) ؛ لأن الاستيلاد إتلاف ولم يوجد إلا مرة واحدة ، كما لو جنى العبد جنايات ثم قتله سيده .

والثاني : عليه لكل واحدة فداء؛ لأنه منع من بيعها عند الجناية الثانية كما في الأولىٰ .

وإذا قلنا : يتحد الفداء . . اشتركوا فيه علىٰ قدر جناياتهم ، فإذا ساوت المستولدة ألفاً وأرش كل من الجنايتين ألف . . فلكل واحدة خمس مئة ، فإن كان الأول قبض الألف . . استرد الثاني منه خمس مئة .

وإن كانت قيمتها ألفاً وأرش الأولىٰ ألف والثانية خمس مئة . . رجع الثاني على الأول بثلث الألف ، وإن كانت الأولىٰ خمس مئة والثانية ألفاً . . أخذ الثاني من السيد خمس مئة تمام القيمة ورجع على الأول بثلث خمس مئة التي قبضها ليصير معه ثلثا الألف ومع الأول ثلثه ، كما إذا قسمت تركة إنسان علىٰ غرمائه ووصاياه وورثته وكان قد حفر بئراً عدواناً فهلكت بها بهيمة . . فإن ربها يزاحم الغرماء والورثة والموصىٰ لهم ويسترد منهم حصته ، فلو هلك بها شيء بعد ذلك . . استرد مستحقه منهم أيضاً ومن مستحق الجناية الأول .

والموقوف كأم الولد في أن الواقف يفديه بالأقل وتكون جنايته كجناياتها في جميع ما تقرر .

فَصْلٌ :

فِي ٱلْجَنِينِ غُرَّةٌ . . . .

تتمة :

جنت جارية لها ولد . . لم يتعلق الأرش برقبته ، وإن ولدت بعد الجناية من كان موجوداً حال الجناية أو حدث بعدها . . لا يتعلق به أرش ، فإن لم نجوز التفريق . . بيع معها وصرفت حصة الأم إلى الأرش وحصة الولد للسيد ، وهل تباع حاملاً بحمل كان يوم الجناية أو حدث؟ إن قلنا : الحمل لا يعرف . . بيعت كما لو زادت زيادة متصلة ، وإلا . . فلا تباع حتىٰ تضع ؛ لأنه لا يمكن إجبار السيد علىٰ بيع الحمل ولا يمكن استثناؤه ، ولو لم يفد السيد الجاني ولا سلمه للبيع . . باعه القاضي وصرف الثمن إلى المجني عليه .

ولو باعه بالأرش جاز إن كان نقداً ، وكذا إن كان إبلاً وقلنا : يجوز الصلح عنها .

قال : (**فصل** :

في الجنين غرة) ؛ لما روى الشيخان [خ ٥٧٦٠ـ م ١٦٨١/٣٤] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ في جنين الهذلية بغرة عبد أو أمة) ، ورويا أيضاً [خ ٦٩٠٨ـ م ١٦٨٣] : أن عمر استشار الناس في إملاص المرأة(١) ، فقال المغيرة بن شعبة : (شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضىٰ فيها بغرة عبد أو وليدة) ، فقال : (ائتني بمن يشهد معك) ، فأتاه بمحمد بن مسلمة فشهد له ، ثم قيل : إن عمر لمَّا جاءه خلاف ما يعلم . . أراد التثبت ، لا أنه يرد خبر الواحد .

وقيل : مراده : أنه إذا سمع الناس أن هـٰذا حاله مع رواية الصحابي . . تثبتوا واحتاطوا في الرواية .

وأجمعت الأمة علىٰ ذلك ، وسواء كان الجنين ذكراً أم أنثىٰ ؛ لإطلاق الخبر ؛ لأن ديتهما لو اختلفت . . لكثر الاختلاف في كونه ذكراً أو أنثىٰ فسوَّى الشرع بينهما ، كما جعل الصاع من التمر بدل اللبن في المصراة سواء قل اللبن أو كثر .

---

(١) **أملصت المرأة** : رمت ولدها لغير تمام .

وسمي الجنين جنيناً ؛ لاستتاره ، ومنه الجن .

و(الغرة) : النسمة من الرقيق ، سميت بذلك ؛ لأنها غرة ما يملكه الإنسان ، أي : أفضله ، وغرة كل شيء خياره .

وأما ما رواه أبو داوود [٤٥٦٨] عن أبي سلمة عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في الجنين غرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل ».. فهي رواية باطلة وإن أخذ بها بعض السلف كعطاء ومجاهد .

وقال داوود : كل ما وقع عليه اسم الغرة يجزىء .

وروى الأصمعي عن أبي عمرو بن العلاء ، والفاكهاني في « شرح الرسالة » عن ابن عبد البر أنهما قالا : إن النبي صلى الله عليه وسلم أراد بالغرة معنىً زائداً ، ولو لم يرد معنىً زائداً.. لقال في الجنين عبد أو أمة ، لـٰكنه عنى البياض ، فلا يقبل فيها إلا غلام أبيض أو جارية بيضاء ، ولا يقبل فيها أسود ولا سوداء .

وقيل لأبي عمرو المذكور : متىٰ يحسن المرء أن يتعلم؟ قال : ما دامت الروح في جسده ، وكان نقش خاتمه [من الطويل] :

وإنَّ امـــرأً دنيـــاهُ أكبـــرُ همِّـــهِ لَمستمســـكٌ منهـــا بحبـــلِ غـــرورِ

ثم إنما تجب الغرة الكاملة في جنين محكوم بإسلامه ـ تبعاً لأبويه أو أحدهما ـ وبحريته ؛ لأن المحكوم بكفره والرقيق ذكرهما في آخر الفصل .

قال : (**إن انفصل ميتاً بجناية في حياتها**) ؛ للحديث المتقدم .

والمراد بـ(الجناية) : كل ما يؤثر في الجنين من فعل أو قول ، مثل أن يضرب الحامل أو يوجرها دواءً أو غيره فتجهض جنيناً ، وكذا لو شربته هي لغير حاجة ، أو طفرت طفرة خارجة عن عادة مثلها من الحوامل وكان مثلها يسقط الأجنة فأجهضته ، فإنها تضمنه ، وفي معنى الفعل : الترك الموجب للإجهاض ، كما إذا منعها الطعام أو الشراب ، أو امتنعت منه مدة يحصل الإجهاض في مثلها مع تمكنها من التناول حتىٰ أجهضت ، سواء كان ذلك بصوم أو غيره .

أَوْ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَكَذَا إِنْ ظَهَرَ بِلاَ ٱنْفِصَالٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، . . . .

قال : (**أو بعد موتها**) ، هـٰذا متعلق بـ(انفصل) أي : إذا انفصل بعد موتها بجناية في حياتها . . وجبت الغرة ؛ لأنه شخص مستقل ولا يدخل ضمانه في ضمانها .

وقال مالك وأبو حنيفة : لا شيء فيه إذا انفصل بعد موتها ، كما لو جنىٰ عليها وهي ميتة فألقت جنيناً ؛ فإنه لا شيء عليه بالإجماع .

قال : (**وكذا إن ظهر بلا انفصال في الأصح**) ؛ لأنا بذلك نتحقق وجوده .

والثاني ـ وبه قال مالك ، ويحكىٰ عن القفال ـ : أن المعتبر الانفصال التام ؛ لأنه ما لم ينفصل يكون كالعضو من الأم .

ويتفرع عليهما : ما لو ضرب بطنها فخرج رأس الجنين مثلاً وماتت الأم بذلك ولم ينفصل ، أو أخرج رأسه[1] ثم جنىٰ عليها فماتت . . فعلى الأصح : تجب الغرة ؛ لتيقن وجوده .

وعلى الثاني : لا ؛ لعدم تمام الانفصال .

ولو قُدت نصفين وشوهد الجنين في بطنها ولم ينفصل . . فعلى الوجهين .

قال الشيخان : ولو أخرج رأسه وصاح فحز رجل رقبته . . فعلى الأصح : يجب القصاص أو الدية ؛ لأنا تيقنا بالصياح حياته ، وإن اعتبرنا تمام الانفصال . . فلا قصاص ولا دية ، والذي صححاه هنا من أنه كسائر الأحياء في وجوب القصاص أو الدية خالفاه في الباب الأول من أبواب (العدد) وفي (كتاب الفرائض) .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : إذا لم يظهر منه شيء ولم ينفصل ؛ بأن ضرب بطنها ثم ماتت من غير انكشاف وظهور وتمام انفصال . . لم يجب شيء ؛ لأنا لم نتيقن وجود الجنين فلا نوجب شيئاً بالشك ، وكذا لو كانت امرأة منتفخة البطن فضربها ضارب فزال الانتفاخ ، أو كانت تجد حركة في بطنها فانقطعت الحركة ؛ لجواز أن يكون ريحاً فانفشت .

---

(١) في هامش (ص) : (قد يقال : هل المراد بقوله في التفريع الثاني : « أو أخرج رأسه » أنه أخرجها حياً أو ميتاً أو أعم) .

أَوْ حَيّاً وَبَقِيَ زَمَناً بِلاَ أَلَمٍ ثُمَّ مَاتَ . . فَلاَ ضَمَانَ ، وَإِنْ مَاتَ حِينَ خَرَجَ أَوْ دَامَ أَلَمُهُ وَمَاتَ . . فَدِيَةُ نَفْسٍ . وَلَوْ أَلْقَتْ جَنِينَيْنِ . . فَغُرَّتَانِ ، أَوْ يَداً . . فَغُرَّةٌ ، . . . . . .

وبقي من الشروط : أن لا ينفصل عنها ألم جناية حتىٰ تلقيه ، ولو ضربها فأقامت بلا ألم ثم ألقت جنيناً . . لم يضمنه على المنصوص .

قال : (**أو حياً وبقي زمناً بلا ألم ثم مات . . فلا ضمان**) ؛ لأن الظاهر : أنه لم يمت بالجناية .

قال : (**وإن مات حين خرج أو دام ألمه ومات . . فدية نفس**) ؛ لأنا تيقنا حياته وقد هلك بالجناية فأشبه سائر الأحياء .

ولا فرق بين أن يستهل أو لا يستهل ، لـٰكن وجد ما يدل علىٰ حياته كالتنفس وامتصاص اللبن والحركة القوية كقبض يده وبسطها ، ولا عبرة بمجرد الاختلاج على المشهور ، وسواء انفصل لوقت يعيش فيه أو لوقت لا يتوقع أن يعيش ؛ بأن ينفصل لدون ستة أشهر .

وقال المزني : إن لم يتوقع أن يعيش . . ففيه الغرة دون الدية .

قال : (**ولو ألقت جنينين . . فغرتان**) عملاً بالنص ؛ لأن الغرة متعلقة باسم الجنين فتعددت بتعدده ، قال ابن المنذر : أجمعوا علىٰ ذلك .

فلو ألقت حياً وميتاً ومات الحي . . وجبت دية وغرة .

قال : (**أو يداً . . فغرة**)[1] هـٰذا هو الصحيح المنصوص ؛ لأنا تحققنا وجود الجنين ، والظاهر : أن اليد بانت بالجناية ، وكذا لو ألقت رجلاً ، وفي وجه : يجب بإلقاء اليد والرجل نصف غرة ؛ لأن اليد تضمن بنصف الجملة ، وهو تفريع علىٰ أن الجنين لا يضمن حتىٰ ينفصل كله .

ولو ألقت يدين أو رجلين أو يداً ورجلاً . . فغرة قطعاً .

ولو ألقت من الأيدي والأرجل ثلاثاً أو أربعاً . . لم تجب إلا غرة واحدة ؛ لأنا لم

---

(١) في هامش (ز) : (محله : إذا ماتت الأم حالاً أو ألقت البقية ، أما إذا عاشت ولم تلق ما في بطنها . . فنصف الغرة ، وأما إذا ألقت الجنين كامل الأطراف . . وجبت حكومة فقط ؛ لاحتمال أن اليد كانت عضواً زائداً في الجنين) .

وَكَذَا لَحْمٌ قَالَ ٱلْقَوَابِلُ : فِيهِ صُورَةٌ خَفِيَّةٌ ، قِيلَ : أَوْ قُلْنَ : لَوْ بَقِيَ لَتَصَوَّرَ . وَهِيَ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ ، . . . .

نتيقن وجود جنينين ؛ لاحتمال أن يكون بعض هـٰذه الأعضاء أصلياً وبعضها زائداً ، وكذلك لو ألقت رأسين . . فيروىٰ : أن الشافعي أُخبر بامرأة لها رأسان ، فنكحها بمئة دينار ونظر إليها ثم طلقها ، وأن امرأة ولدت ولداً له رأسان ، وكان إذا بكىٰ . . بكىٰ بهما ، وإذا سكت . . سكت بهما .

وفي وجه : يجب في إلقاء الرأسين والأيدي غرتان ؛ اعتباراً بالظاهر .

وإن ألقت بدنين . . وجبت غرتان ؛ لأن الشخص الواحد لا يكون له بدنان بحال ، هـٰكذا أورده الإمام وأتباعه .

وحكى الروياني عن النص خلافه ، وجوز أن يكون لرأس بدنان كما يجوز أن يكون لبدن رأسان .

قال : (**وكذا لحم قال القوابل : فيه صورة خفية**) لا يعرفها سواهن ؛ لحذقهن ، فتجب الغرة .

قال : (**قيل : أو قلن : لو بقي لتصور**) هـٰذه مسألة النصوص الثلاثة المتقدمة في (باب العدد) ، وفيها طرق :

أشهرها : أن الغرة لا تجب للشك في موجبها ، أما إذا شككنا في أنه أصل آدمي أو لا . . لم تجب الغرة بلا خلاف .

وأفهم تعبير المصنف بـ(اللحم) : تصوير المسألة بالمضغة ، فلو ألقت علقة . . لم يجب فيها شيء قطعاً كما لا تنقضي بها العدة ، وأما حكاية الغزالي الخلاف فيها . . فتفرد به ، وقد صرح إمامه بنفي الخلاف فيها .

وقال الماوردي : العلقة في حكم النطفة بالإجماع بالنسبة إلىٰ عدم الغرة ، وأمية الولد ، وانقضاء العدة .

قال : (**وهي عبد أو أمة**) ، كما فسرها النبي صلى الله عليه وسلم ، والخيرة في ذلك إلى الغارم ، ويجبر المستحق علىٰ قبولها من أي نوع كانت ، وعلم منه امتناع الخنثىٰ ؛ لأنه ليس بذكر ولا أنثىٰ .

مُمَيِّزٌ سَلِيمٌ مِنْ عَيْبِ مَبِيعٍ ، وَٱلْأَصَحُّ : قَبُولُ كَبِيرٍ لَمْ يَعْجِزْ بِهَرَمٍ ، وَيُشْتَرَطُ بُلُوغُهَا نِصْفَ عُشْرِ ٱلدِّيَةِ ، . . . .

قال : (مميز) ؛ لأن غيره ليس من الخيار ، ولفظ الخبر وإن كان يشمله لـٰكن يجوز أن يستنبط من النص معنىً يخصصه ؛ لأن المقصود من الغرة جبر الخلل ولا جبر مع الصغر .

والتعبير بـ(المميز) أحسن من ضبطه بسبع سنين ، وليس عدم الصنعة عيباً كما صرح به في « الكفاية » .

قال : (سليم من عيب مبيع) ؛ لأن المعيب ليس من الخيار ، وهـٰذا بخلاف الإعتاق في الكفارة حيث يجزىء إعتاق المعيب بعيب لا يضر بالعمل ؛ لأن الكفارة حق الله تعالىٰ والغرة حق الآدمي وحقوق الله تعالىٰ مبنية على المساهلة ، فلو رضي المستحق بقبول المعيب وسامح . . جاز .

ووقع في « الشرح » و « الروضة » : أنه لا يجبر علىٰ قبول خصي وخنثىٰ وكافر ، وما ذكراه في الكافر غريب ؛ فإن الكفر ليس بعيب في المبيع مطلقاً ، بل الصحيح : أنه إن كان في بلد تقل فيها الرغبة في الكافر . . كان عيباً ، وجزم ابن خيران بجواز دفع الكافر ، وهو متجه .

قال : (والأصح : قبول كبير لم يعجز بهرم) ؛ لإطلاق لفظ العبد والأمة في الخبر ، فإن ضعف وعجز بالهرم . . امتنع .

والثاني : لا يقبل بعد عشرين سنة ، غلاماً كان أو جارية .

والثالث : لا تؤخذ الجارية بعد عشرين سنة ؛ لأنها تتغير وتنقص قيمتها بذلك ، ولا الغلام بعد خمس عشرة سنة ؛ لأنه لا يدخل على النساء .

قال المصنف : كذا ضبطوه ، وكان ينبغي أن يضبط بالبلوغ ؛ فلا يقبل من بلغ لدونِ هـٰذا السن ، وضعف الوجهان بأن نقصان الثمن تقابله زيادة المنفعة .

قال : (ويشترط بلوغها نصف عشر الدية) أي : دية الأب ، وهو عشر دية الأم ، وذلك خمس من الإبل ؛ لأن عمر قوم الغرة خمسين ديناراً[1] ، وكذلك علي وزيد بن

---

(١) البيهقي (٨/١١٦) ، وابن أبي شيبة (٦/ ٣٤٠) .

فَإِنْ فُقِدَتْ . . فَخَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ ، وَقِيلَ : لاَ يُشْتَرَطُ ، فَلِلْفَقْدِ قِيمَتُهَا ، وَهِيَ لِوَرَثَةِ ٱلْجَنِينِ ....

ثابت ولا مخالف لهم ، ولأنها دية فقدرت كسائر الديات ، ولـٰكن قدرت بأقل أرش ورد من الشرع وهو الموضحة ، ولا ترد الأنملة ؛ لأنها بالاجتهاد .

قال : (**فإن فقدت . . فخمسة أبعرة**) ؛ لأنها مقدرة بالخمس عند وجودها ، فعند عدمها تأخذ ما كانت مقدرة به ، فعلى الجديد : تجب قيمتها ، وعلى القديم : يجب خمسون ديناراً أو ست مئة درهم .

وعلىٰ هـٰذا : تغلظ إن كانت الجناية شبه عمد ؛ حقة ونصف ، وجذعة ونصف ، وخلفتان .

وقال الرافعي : لم يتكلموا في التغليظ عند وجود الغرة ، إلا أن الروياني قال : ينبغي أن تجب غرة قيمتها نصف عشر الدية المغلظة ، وتبعه المصنف ، وهو غريب ؛ فقد تكلم في ذلك أبو الطيب والبندنيجي والماوردي ، ونقل فيه القاضي وجهين ، وصحح عدم التغليظ .

قال : (**وقيل : لا يشترط**) هـٰذا مقابل لقوله : (ويشترط بلوغها نصف عشر الدية) ، فالصحيح : أن قيمة الغرة تتقدر ، وصاحب هـٰذا الوجه يقول : لا تتقدر ، بل إذا وجدت السلامة والسن . . وجب القبول وإن قلت قيمتها ؛ لإطلاق لفظ العبد والأمة في الخبر .

قال : (**فللفقد قيمتها**) أي : هـٰذا الوجه إن فقدت الغرة . . وجبت قيمتها ، كما لو غصب عبداً فأبق أو كاتب . . فالواجب قيمته .

قال : (**وهي لورثة الجنين**) ، فتقسم علىٰ فرائض الله تعالىٰ ، فتأخذ الأم نصيبها إن كانت بصفة الميراث عند تمام الانفصال ، والباقي للأب ، فإن لم يكن أب ، أو كان وبه مانع . . فللعصبات ، فإن كان للجنين أخ أو أكثر من الأم . . صرف إليه فرضه والباقي للعصبة ، وهـٰذا شخص يورث في الغرة خاصة ولا يرث ، كما أن المبعض في عموم الميراث يورث ولا يرث على الأصح ، ولا نظير لهما كما تقدم ، وهل يثبت الملك فيها للجنين ثم ينتقل إلىٰ ورثته أو يثبت ابتداء لورثته؟ فيه القولان المتقدمان في الدية .

وَعَلَىٰ عَاقِلَةِ ٱلْجَانِي ، وَقِيلَ : إِنْ تَعَمَّدَ . فَعَلَيْهِ . وَٱلْجَنِينُ ٱلْيَهُودِيُّ أَوِ ٱلنَّصْرَانِيُّ قِيلَ : كَمُسْلِمٍ ، وَقِيلَ : يُهْدَرُ ، وَٱلأَصَحُّ : غُرَّةٌ كَثُلُثِ غُرَّةِ مُسْلِمٍ . . . .

ولو خرج جنين في حياة أمه والآخر بعد موتها . . ورثت من الأول دون الثاني ، ولا شيء للأم بسبب ألم الجناية والضرب إن لم يؤثر أثراً ظاهراً ، وإن بقي شين . . وجبت له حكومة في الأصح .

قال : (**وعلىٰ عاقلة الجاني**) ؛ لحديث أبي هريرة المتقدم .

قال : (**وقيل : إن تعمد**) أي : الجاني (. . **فعليه**) ؛ بناء علىٰ أن العمد يتصور في الإجهاض ، والمذهب : أنه لا يتصور ؛ لأن حياته لا تعلم ، وكذلك وجوده أيضاً ، فعلى الصحيح : تكون على العاقلة .

قال : (**والجنين اليهودي أو النصراني قيل : كمسلم**) ؛ لعموم الخبر ، ولا يبالىٰ بالتسوية بينه وبين المسلم ؛ لأنه لا يمكن الإهدار ، ولا تجزئه الغرة .

قال : (**وقيل : يهدر**) ؛ لأنه لا سبيل إلى التسوية بينه وبين المسلم ، والتجزئة ممتنعة .

قال : (**والأصح : غرة كثلث غرة مسلم**) ، كما أن في الذمي ثلث دية المسلم ، وهـٰذا مبني علىٰ أن الغرة مقدرة بنصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم ، وهو خمس من الإبل أو خمسون ديناراً أو ست مئة درهم كما تقدم ، ففيه بعير وثلثا بعير أو ستة عشر ديناراً وثلثان أو مئتا درهم .

وفي الجنين المجوسي ثلثا عشر غرة المسلم ، وهي ثلث بعير .

ولو كان أحد أبوي الجنين ذمياً والآخر وثنياً لا أمان له . . فعلى الأصح : يجب ما يجب فيمن أبواه ذميان ، وعلى الثاني : لا شيء فيه ، وعلى الثالث : يعتبر جانب الأب .

والجنين المتولد بين مستأمنين كجنين الذميين ، وجنين المرتدة بعد الحبل فيه الغرة الكاملة ؛ لأنه مسلم ، وإن حبلت بعد الردة من مرتد ، فإن قلنا : المتولد بينهما مسلم . . فكذلك ، وإن قلنا : كافر . . فالأصح : لا شيء كجنين الحربي .

ولو ضرب بطن ذمية حبلىٰ من ذمي فأسلمت أو أسلم ثم أجهضت . . وجبت غرة

كاملة ؛ لأن الاعتبار في الضمان بآخر الأمر ، وكذلك حكم من جنىٰ علىٰ أمة حبلىٰ فعتقت ثم ماتت ، وفيما يستحقه سيدها من ذلك وجهان أو قولان : أصحهما : الأقل من عشر قيمة الأم ومن الغرة[1] .

ولو جنىٰ علىٰ حربية فأسلمت ثم أجهضت . . فالأصح : لا يجب شيء ، وقيل : غرة .

قال البغوي : ويجري الوجهان فيما لو جنى السيد علىٰ أمته الحامل من غيره فعتقت ثم ألقت الجنين .

قال : (**والرقيق عشر قيمة أمه**) ، ذكراً كان أو أنثىٰ ، قنة كانت أو مدبرة أو مكاتبة أو مستولدة ؛ لأن الغرة معتبرة بعشر ما تضمن به الأم إذا كان الجنين حراً فكذا إذا كان رقيقاً يعتبر بأمه فيجب عشر قيمتها ، ولأن الجنين قد يخرج متقطعاً ولا يعرف حاله ، والتقويم مبني على الهيئات والصفات الحاصلة في الحياة .

قال : (**يوم الجناية**) ؛ لأنه وقت الوجوب ، ولأن القيمة يومئذ أكمل غالباً ، وهـٰذا صححه الرافعي في « الشرح » أيضاً ولم يذكره في « الروضة » ، بل صحح أنها الأكثر من الجناية إلى الإجهاض .

قال : (**وقيل : الإجهاض**) ؛ لأنه وقت استقرار الجناية كما في حريته وإسلامه ، واختاره المزني ، وجعله ابن سلمة قولاً .

وخرج بـ(الرقيق) : المبعض ؛ فحكمه حكم الحر ، قاله في « البيان » .

لـٰكن يستثنى من إطلاقه : ما إذا كانت هي الجانية علىٰ نفسها . . فلا شيء ؛ إذ لا يجب للسيد علىٰ عبده شيء ، وتستثنى المكاتبة إذا غرت من نفسها فحملت من زوجها المغرور قبل علمه بحالها فضربها ضارب ؛ ففي جنينها ما في جنين الحرة .

---

(١) والثاني : لا يستحق السيد بحكم الملك شيئاً ، قاله القاضي أبو الطيب والقفال ؛ لأن الإجهاض حصل حال الحرية ، فصار كحرٍّ تردىٰ في بئر كان عند حفرها رقيقاً ، لا شيء لسيده من الضمان . اهـ « روضة » (٩/٣٧١) .

لِسَيِّدِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مَقْطُوعَةً ، وَٱلْجَنِينُ سَلِيمٌ . . قُوِّمَتْ سَلِيمَةً فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَتَحْمِلُهُ ٱلْعَاقِلَةُ فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

وسبق في (باب موجبات الدية) منازعة المصنف في تعبيره بـ(الإجهاض) في حق الآدميات .

قال : (**لسيدها**) ؛ لأنه المالك ، كذا وقع في « المنهاج » ، والذي في « المحرر » : أنه لسيد الجنين ، وهو الصواب ؛ لأن الجنين قد يكون لشخص وصي له به والأم لآخر ، فالبدل لسيده لا لسيدها .

قال : (**فإن كانت مقطوعة ، والجنين سليم . . قومت سليمة في الأصح**) ، كما لو كانت كافرة والجنين مسلم . . فإنها يقدر فيها الإسلام وتقوم مسلمة .

وإذا كان الجنين رقيقاً وهي حرة ، كما إذا كانت الأم لواحد والجنين لآخر فأعتق صاحب الأم الأم وبقي الجنين رقيقاً لصاحبه . . تقدر الأم رقيقة ويجب في الجنين عشر قيمتها .

والثاني : لا تقدر فيها السلامة ؛ لأن نقصان الأعضاء أمر خلقي ، وفي تقدير خلافه بعد .

فلو كان الجنين مقطوع الأطراف والأمة سليمة . . قومت أيضاً سالمة على الأصح ؛ لأن نقصان الجنين قد يكون من أثر الجناية واللائق التغليظ والاحتياط .

قال : (**وتحمله العاقلة في الأظهر**) أي : بدل الجنين الرقيق ، وهـٰذان هما القولان السابقان في حملها العبد ، والأظهر : التحمل ؛ لإطلاق الخبر .

تتمة :

سقط جنين ميت فادعىٰ وارثه علىٰ إنسان : أنه سقط بجنايته ، فأنكر الجناية . . صدق بيمينه وعلى المدعي البينة ، ولا تقبل إلا شهادة رجلين ، فإن أقر بالجناية وأنكر الإسقاط وقال : السقط ملتقط . . فهو المصدق أيضاً وعلى المدعي البينة ، وتقبل فيها شهادة النساء ؛ لأن الإسقاط ولادة .

وإن أقر بالجناية والإسقاط وأنكر كون الإسقاط بسبب جنايته . . نظر : إن أسقطت

فَصْلٌ :

يَجِبُ فِي ٱلْقَتْلِ كَفَّارَةٌ . . . .

عقب الجناية . . فهي المصدقة باليمين ؛ لأن الجناية سبب ظاهر ، وإن أسقطت بعد مدة من وقت الجناية . . صدق بيمينه ؛ لأن الظاهر معه ، إلا أن تقوم بينة : أنها لم تزل متألمة حتىٰ أسقطت ، ولا تقبل هـٰذه الشهادة إلا برجلين .

وضبط المتولي المدة المتخللة بما يزول فيها ألم الجناية وأثرها غالباً .

وإن اتفقا علىٰ سقوطه بجناية ، وقال الجاني : سقط ميتاً فالواجب الغرة ، وقال الوارث : بل حياً ثم مات فالواجب الدية . . فعلى الوارث البينة لما يدعيه من استهلال وغيره ، وتقبل فيه شهادة النساء ؛ لأن الاستهلال لا يطَّلع عليه غالباً إلا النساء .

ولو أقام كلٌّ بينة بما يدعيه . . فبينة الوارث أولىٰ ؛ لأن معها زيادة علم .

قال : (**فصل :**

يجب في القتل كفارة) لمَّا كانت الكفارة من موجبات القتل ختم بها الفصول .

والأصل فيها في قتل الخطأ قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ **وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ** ﴾ الآية .

وأما في العمد . . فما روىٰ أبو داوود [٣٩٦٠] والنسائي [سك ٤٨٧٠] والحاكم [٢/٢١٢] وابن حبان [٤٣٠٧] عن واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد أوجب ـ يعني : وجبت له النار بالقتل ـ فقال صلى الله عليه وسلم : « أعتقوا عنه ؛ فإن الله عزَّ وجل يعتق بكل عضو منها عضواً منه من النار » ، والقاتل لا يستوجب النار إلا في العمد .

وروي : أنَّ عمر قال : يا رسول الله ؛ وأدت في الجاهلية؟ فقال : « أعتق عن كل موءودة رقبة » .

و(الوأد) : دفن البنت وهي حية ، وهـٰذا قتل عمد ، وظاهر الأمر الوجوب .

واحتج الشافعي بأن الكفارة لمَّا وجبت على المحرم في جزاء الصيد في قتل العمد نصاً . . سوينا بين الخطأ والعمد ، فكذلك في القتل وبالقياس علىٰ قتل الخطأ .

وعن قيس بن عاصم أنه وفد على النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ؛ إني وأدت بنات في الجاهلية؟ فقال صلى الله عليه وسلم : « أعتق عددهن نسماً »(١) .

وقيس بن عاصم المذكور أول من وأد البنات في الجاهلية للغيرة والأنفة من نكاحهن ، ثم تبعه أهل الضلال .

وأما صعصعة بن ناجية جد الفرزدق همام بن غالب بن صعصعة . . فهو الذي كان يقال له : محيي الموءودات ؛ لأنه كان لا يجد موءودة إلا افتداها بما استطاع ، فجاء الإسلام وعنده أربع مئة موءودة ، فلما سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك قال له : « أحسنت »(٢) ، وفيه يقول الفرزدق [من المتقارب] :

وجـدِّي الـذي منـعَ الـوائـداتِ ... وأحيـى الـوئيـدَ فلـمْ يُـوأدِ

وخرج بذكر المصنف (القتل) : الأطراف والجروح ؛ فلا كفارة فيها ، لكن دخل في عبارته : من قتل شخصاً بإذنه ؛ فإنه تجب الكفارة بقتله في الأصح .

وكلام المصنف في (باب القصاص) يقتضي : أنها لا تجب ؛ لقوله : إنه مهدر .

وخالف أبو حنيفة ومالك في كفارة العمد ، ووافقهما ابن المنذر ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين .

قال : (**وإن كان القاتل صبياً أو مجنوناً**) ؛ لأنه من باب الضمان ، ولأنا إن جعلنا عمده خطأ . . فالخطأ يوجب الكفارة بالاتفاق .

وفارق كفارة الجماع في نهار رمضان ؛ لأن حرمة الصوم في حقه ناقصة ، لكونه غير مخاطب به ولا ببدله فيعتق الولي من مالهما(٣) كما يخرج الزكاة والفطرة منه ، كذا قاله الرافعي هنا تبعاً للقاضي والبغوي .

وقال في (الصداق)(٤) : لو لزم الصبي كفارة قتل . . لم يجز لوليه أن يعتق عنه من

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ١١٦) ، والطبراني في « الكبير » (١٨/ ٣٣٨) .

(٢) أخرجه الحاكم (٣/ ٦١٠) ، والطبراني في « الكبير » (٨/ ٧٧) .

(٣) في هامش (ز) : (معتمد) .

(٤) في هامش (ز) : (محمول علىٰ ما إذا كان على التراخي وهنا على الفور ، هـٰذا إذا أعتق من=

ماله ولا من مال نفسه ، وعلله بأنه لو صح . . لتضمن دخوله في ملكه ثم يعتق عنه ، وذلك لا يجوز ، بخلاف الزكاة والفطرة ؛ فإنهما على الفور بخلافها .

ولا يصوم الولي عنهما بحال ، فإن صام الصبي في صباه . . أجزأه على الأصح في « الروضة » هنا .

قال : (**أو عبداً أو ذمياً**) ؛ لالتزامهما الأحكام ، وكما يتعلق بقتلهما القصاص والضمان ، ولا فرق بين أن يقتل مسلماً وقلنا : ينتقض عهده أم لا ، ولا بين أن يقتل ذمياً .

وصورة تكفيره بالعتق : أن يسلم عبد في ملكه ، أو يرثه ، أو يقول لمسلم : أعتق عبدك عن كفارتي ، فإنه يصح على الأصح ، فإن لم يوجد ذلك . . قال القاضي حسين : لا يكفر بالصوم ؛ لأنه ليس من أهله شرعاً .

وسكت الشيخان عن السفيه ، وذكرا في (باب الحجر) : أنه في كفارة اليمين لا يكفر بالعتق بل بالصوم كالعبد ، وهو يوهم أن غيرها من الكفارات كذلك ، لـٰكن صرح الصيمري في (باب الحجر) من « شرح الكفاية » بأن كفارة القتل تجب في مال السفيه ، وهو القياس .

قال : (**وعامداً أو مخطئاً**) ؛ لعموم ما تقدم ، وكذلك عمد الخطأ ، سواء استوفي القصاص منه أم لا على المذهب .

وفي وجه : أنها لا تجب إذا استوفي منه القصاص ؛ لما روىٰ أبو نعيم في « معرفة الصحابة » عن خزيمة بن ثابت : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « القتل كفارة » .

لـٰكن يستثنىٰ من إطلاقه : الجلاد القاتل بأمر الإمام إذا جرىٰ علىٰ يده قتل غير مستحق وهو جاهل به ، فلا كفارة عليه ؛ لأنه سيف الإمام ، كذا قرره الشيخان في الاستيفاء من الحامل .

= ماله ، فإن فقد . . فللأب والجد الإعتاق عنهما بمالهما ، وكذا الوصي والقيم إن قبل القاضي تمليكهما) اهـ

وَمُتَسَبِّباً بِقَتْلِ مُسْلِمٍ ـ وَلَوْ بِدَارِ حَرْبٍ ـ وَذِمِّيٍّ وَجَنِينٍ وَعَبْدِ نَفْسِهِ وَنَفْسِهِ ، . . . . .

قال : (ومتسبباً) ؛ لأنه كالمباشر في الضمان فكذا في الكفارة ، وذلك كما إذا شهد عليه بالزور ، أو أكره علىٰ قتله ، أو حفر بئراً عدواناً ، أو نصب شبكة ، أو رش الطريق ، أو وضع فيه حجراً ، ونحو ذلك ؛ لعموم الآية وبالقياس علىٰ وجوب الدية .

قال : (بقتل مسلم ولو بدار حرب) وإن لم يجب فيه القصاص ولا الدية ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ معناه عند الشافعي تبعاً لابن عباس وغيره : إن كان في قوم .

ولأن دار الحرب لا تهدر دمه ، وسبب العصمة ـ وهو الإسلام ـ قائم فيه ، وسواء ظن كفره أو تترس به المشركون .

قال : (وذمي) ، وكذلك المعاهد ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ ﴾ وبيننا وبين أهل الذمة ميثاق .

وعن مالك : أنها لا تجب بقتل الذمي ولا بقتل العبد[1] .

قال : (وجنين) ؛ لقضاء عمر فيه بالدية والكفارة .

وقال ابن المنذر : لا أعلم فيه خلافاً بين العلماء ، لكن في « الرافعي » عن أبي حنيفة أنه قال : لا كفارة فيه ، فلو كان ببطنها جنينان أو أجنة فأسقطت الجميع . . وجب لكلٍّ كفارة ؛ لأن كلاً يضمن بغرة فضمن بالكفارة .

قال : (وعبد نفسه) ؛ لعموم الآية ، وحكى ابن يونسٍ وجهاً : أنها لا تجب عليه ، وأنكره عليه ابن الرفعة وقال : لم أره لغيره وقد حكاه صاحب « الإستذكار » عن ابن سريج .

قال : (ونفسه) ، فتخرج من تركته ؛ لأنه قتل محرم ، قال تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ﴾ .

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَفِي نَفْسِهِ وَجْهٌ ، لاَ ٱمْرَأَةٍ وَصَبِيٍّ حَرْبِيَّيْنِ وَبَاغٍ وَصَائِلٍ وَمُقْتَصٍّ مِنْهُ ، وَعَلَىٰ كُلٍّ مِنَ ٱلشُّرَكَاءِ كَفَّارَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، ....

وقال صلى الله عليه وسلم : « من قتل نفسه بشيء . . عذب به يوم القيامة »[1] .

قال : (**وفي نفسه وجه**) أي : أنها لا تجب عليه إذا فعل ذلك كما أنه لا يجب الضمان ، ويقرب من هـٰذا الخلاف الخلاف فيما إذا حفر بئراً في محل عدوان فهلك بها رجل بعد موته . . هل تجب الكفارة؟ والغزالي بناه عليه .

ووجه المنع في الصورتين : أن في الكفارة معنى العبادة فيبعد وجوبها علىٰ ميت ابتداءً .

وفي وجه : أنه إذا استوفي منه القصاص . . لا كفارة عليه ؛ لأنه قد سلم نفسه ووفىٰ ما عليه .

وروي : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « القتل كفارة »[2] .

والمذهب : وجوبها ؛ لأنها حق الله تعالىٰ فلا تسقط بتأدية حق الآدمي كما لا تسقط بأداء الدية .

قال : (**لا امرأة وصبي حربيين**) وإن كان يحرم قتلهما ؛ فإن ذلك لخشية فوات الاسترقاق .

قال : (**وباغ وصائل**) أي : إذا قتلا دفعاً ؛ لأن قتلهما مباح مأذون فيه .

وعبارة الرافعي توهم أن قتل الباغي للعادل توجب الكفارة ، مع أن أشبه الوجهين كما قاله في (قتال البغاة) : أنها لا تجب .

قال : (**ومقتص منه**) أي : إذا وجب القصاص علىٰ شخص فقتله المستحق . . لم تجب على المستحق كفارة بالإجماع ، وكذلك قتل المرتد وقاطع الطريق والزاني المحصن ؛ لأن الشارع أذن في جميع ذلك .

قال : (**وعلىٰ كل من الشركاء كفارة في الأصح**) ؛ لأنه حق يتعلق بالقتل فلا

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٦٤) ، ومسلم (١١٠/١٧٦) .

(٢) أخرجه البخاري في « التاريخ الكبير » (٣/٢٠٦) .

يتبعض كالقصاص ، ولأن فيها معنى العبادة ، والعبادة الواحدة لا تتوزع على الجماعة ككفارة الطيب واللباس .

والثاني : على الجميع كفارة واحدة ؛ لأنها مال يجب بالقتل ، فوجب أن لا تكمل في حق كل واحد كالدية وكفارة قتل الصيد .

ويجوز أن يبنى الخلاف علىٰ خلاف مشهور في أن كل واحد قاتل لجميع المقتول أو لبعضه ، فلو كان بعض القاتلين لا تلزمه كفارة كالحربي ونحوه.. فيحتمل أن يقال : لا تجب على الآخر إلا بالقسط ، كما لو قتل محرم وحلال صيداً .

وتعبير المصنف هنا بـ(الأصح) المقتضي لقوة الخلاف يخالف تعبيره بـ(الصحيح) في (فصل الاصطدام) حيث قال : (والصحيح أن علىٰ كل كفارتين) .

قال : (**وهي كظهار**) فيعتق أولاً ، فإن لم يجد.. فيصوم شهرين متتابعين للآية .

قال : (**لـٰكن لا إطعام في الأظهر**) ؛ لأن الأبدال في الكفارات موقوفة على النص دون القياس ، ولا يحمل المطلق على المقيد إلا في الأوصاف دون الأصل ، كما حمل مطلق اليد في التيمم علىٰ تقييدها بالمرافق في الوضوء ، ولم يحمل ترك الرأس والرجلين فيه علىٰ ذكرهما في الوضوء .

والثاني : يطعم ستين مسكيناً كالظهار .

والقول في صفة الرقبة والصيام والإطعام إن أوجبناه علىٰ ما سبق في الكفارة .

تتمة :

عدم وجوب الإطعام مختص بحالة الحياة ، فلو مات معسراً قبل الصوم وقلنا : يبقىٰ في ذمته[1] .. أُخرج عن كل يوم مد ، لا بطريق كون الإطعام بدلاً ، لـٰكن كما تُخرج الفدية إذا فات صوم رمضان .

* * *

(١) في هامش (د) : (لا فائدة لقول الشارح : « وقلنا : يبقىٰ في ذمته » ؛ لأن محل القولين في استقرار الكفارة في الذمة إذا عجز عن الجميع) .

. . . .

خاتمة

عان غيره واعترف : أنه قتله بالعين . . فلا قود وإن كانت العين حقاً ؛ لأنه لا يفضي إلى القتل غالباً ، ولا دية أيضاً ولا كفارة . ويندب للعائن أن يدعو له بالبركة فيقول : اللهم بارك فيه ولا تضره ، وأن يقول : ما شاء الله لا قوة إلا بالله .

وذكر القاضي حسين : أن نبياً من الأنبياء عليهم السلام استكثر قومه ذات يوم ، فأمات الله منهم مئة ألف في ليلة واحدة ، فلما أصبح . . شكا إلى الله تعالىٰ ذلك ، فقال الله تعالىٰ له : لمّا استكثرتهم . . عِنتهم ، فلم لا حصنتهم؟ قال : رب ؛ كيف أحصنهم؟ قال : تقول : حصنتكم بالحي القيوم الذي لا يموت أبداً ، ودفعت عنكم السوء بلا حول ولا قوة إلا بالله .

قال القاضي : وهٰكذا السنة في الرجل إذا رأىٰ نفسه سليماً وأحواله معتدلة يقول في نفسه ذلك ، وكان القاضي يحصن تلامذته بذلك إذا استكثرهم .

وذكر الإمام فخر الدين في بعض كتبه : أن العين لا تؤثر ممن له نفس شريفة ؛ لأنها استعظام الشيء ، وما ذكره القاضي يرد ذلك .

وسكتوا عن القاتل بالحال ، وأفتىٰ بعض المتأخرين[1] بأن للولي أن يقتله به ؛ لأن له فيه اختياراً كالساحر ، والصواب : أنه لا يقتل به ولا بالدعاء عليه ، كما نقل ذلك عن جماعة من السلف .

قال مهدي بن ميمون : حدثنا غيلان بن جرير : أن مطرف بن عبد الله بن الشخير كان بينه وبين رجل كلام ، فكذب عليه ، فقال مطرف : اللهم ؛ إن كان كاذباً . . فأمته ، فخر مكانه ميتاً ، فرفع ذلك إلىٰ زياد فقال : قتلت الرجل ، قال : لا ، ولٰكنها دعوة وافقت أجلاً[2] .

* * *

(١) في هامش (ز) : (هو ابن تيمية) .
(٢) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

فهرس الكتاب

* * *